

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CESAR FELIPE BOLZANI

COERÊNCIA, FONTES E INCORPORAÇÃO: INVESTIGAÇÕES SOBRE A  
RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL



CURITIBA  
2016

CESAR FELIPE BOLZANI

COERÊNCIA, FONTES E INCORPORAÇÃO: INVESTIGAÇÕES SOBRE A  
RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre em Direito das  
Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA  
2016

## TERMO DE APROVAÇÃO

CESAR FELIPE BOLZANI

### COERÊNCIA, FONTES E INCORPORAÇÃO: INVESTIGAÇÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. César Antonio Serbena  
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão  
Faculdade de Direito, USP

Curitiba, 4 de abril de 2016.

## AGRADECIMENTOS

A escrita é um trabalho solitário. Este lugar-comum entre pós-graduandos demonstra uma realidade da missão dissertativa. Ainda assim, não apreendemos o verdadeiro sentido dessa solidão antes de sermos confrontados com o vazio das páginas brancas e a desordem inevitável de nossas ideias e percepções. O trabalho é solitário em dois sentidos. O tempo que passamos afastados de nossas pessoas queridas constitui sua solidão social. A face mais brutal dessa solidão, porém, encontra-se na dificuldade de encontrar acordo entre nossas razões, de encontrar suporte e certeza para as nossas teorias e ideias.

Ainda assim, num ou noutro momento temos a sorte de encontrar pessoas que acreditam em nossas ideias, sem precisar delas compartilhar. É a duras penas que aprendemos a afastar nossa solidão intelectual e a encontrar no desacordo sério e construtivo nossa fonte de pertencimento à academia e à sociedade como um todo. É na percepção de que somos inevitavelmente diferentes, mas que não estamos sozinhos em nossas dúvidas e angústias, que conseguimos superar nosso medo de divergir. Nesse caminho, eu tive a sorte de conhecer pessoas incríveis, que estiveram ao meu lado em cada passo e espero, ainda estarão nos anos, poucos ou muitos, que se seguirão. Este espaço eu dedico a elas.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais. Este trabalho não é resultado exclusivo dos meus esforços, mas de todo trabalho, apoio e fé dedicados pelo meu Pai, Emilio Bolzani e pela minha Mãe, Regiane de Souza. Espero que essa conquista seja tão feliz para vocês quanto para mim.

Agradeço ao Professor Cesar Serbena, meu orientador, pela paciência com as confusões e distrações que marcam minha existência. Desses sete anos de Universidade Federal do Paraná que antecederam o fim deste trabalho, fui honrado com a sua orientação desde minha primeira pesquisa de iniciação científica, cinco anos atrás. É uma realidade triste de nosso universo acadêmico que muitos professores deixam o ego de suas próprias teorias dominar e guiar o trabalho de seus alunos. Nesse ponto, eu tive muita sorte ao ser agraciado com um mentor que não apenas me forneceu espaço para perseguir minhas próprias ideias, muitas vezes divergentes das suas, mas esteve lá para me auxiliar em cada dúvida, com a calma e serenidade que marca sua personalidade. Mais do que isso, fui honrado com um

amigo e uma figura inspiradora, para fora das antigas paredes de nosso Prédio Histórico.

Agradeço ainda à Professora Vera Karam de Chueiri, com quem aprendi o significado de debate sério e construtivo. As influências de suas aulas sobre constitucionalismo e democracia ecoam por todo o trabalho e não é por acaso que Ronald Dworkin encontra uma posição tão importante nesta dissertação.

Agradeço aos amigos Gustavo Vilar e Renê “Descartes” Rodrigues, cúmplices na filosofia do direito, cuja colaboração para este trabalho, desenvolvida em debates ébrios, mas profundos e sérios, não pode deixar de ser mencionada. Aos amigos Matheus V., Timm, Krassuski, Edna e Priscila pelos momentos que compartilhamos juntos, dentro e fora da universidade.

Aos irmãos que escolhi, João Victor, Bonato e Cristiane, sem os quais eu não teria a vontade necessária para seguir este caminho. Também as minhas amigas, e grandes mulheres, Marcella, Rubiale, Jéssica S. Jéssica E. e Anelyse, com quem compartilhei toda a correria e cansaço da graduação e com quem compartilho grande amizade ainda hoje.

Aos amigos de mais de uma década, Matheus, Luca e Renato, pela irmandade diária, que se mantém ainda hoje, tão forte quanto sempre. Aos amigos Mohamad, Tharik, Leitão, Iug, Betinho, Sandrinho, Ave, Aninha e Mari, com quem compartilhei meus momentos de escape e de encontro, e com quem criei polêmicas infundáveis, sobre a vida, o vazio e as estrelas.

(...)

*porque*

*por mais que diga*

*e porque disse*

*sempre restará*

*no dito o mudo*

*o por dizer*

*já que não é da linguagem*

*dizer tudo*

*(Ferreira Gullar – Desordem)*

## RESUMO

Na última metade do séc. XX uma polêmica assumiu a preocupação central dos esforços voltados para a teoria do direito. O debate Hart-Dworkin, como ficou conhecido, envolveu uma série de autores e esforços em torno de discussões sobre a natureza do direito e a relação entre direito e moral, mas, mais do que isso, passando por questões epistemológicas sobre os limites da objetividade e a natureza e o papel da interpretação – dentro e fora do direito. A polêmica foi marcada pelos primeiros ataques de Ronald Dworkin ao pensamento positivista de H. L. A. Hart e pelas respostas positivistas em defesa do projeto hartiano ou em defesa de sua reforma. Através da exposição desse debate e das teses centrais sobre a relação entre direito e moral que dele resultaram, este trabalho busca rejeitar a tese da coerência, de R. Dworkin, assim como a tese das fontes, de J. Raz, em defesa da linha inclusivista, centrada no positivismo brando de H. L. A. Hart e na tese da incorporação de Wilfrid Waluchow e Jules Coleman. Propõe-se que o positivismo jurídico inclusivo se apresenta a meio caminho entre seus concorrentes e oferece a melhor saída aos fortes questionamentos de Dworkin que ocuparam a teoria do direito contemporânea.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito, Direito e Moral, Tese da Coerência, Tese das Fontes, Tese da Incorporação, Positivismo Jurídico Exclusivo, Positivismo Jurídico Inclusivo, Interpretativismo Jurídico

## ABSTRACT

In the last half of the twentieth century, a controversy became the central concern on the theory of law. The Hart-Dworkin debate, as it became known, involves not just a significant number of authors and efforts around discussions about the nature of law and morality, but more than that, epistemological questions about the limits of objectivity, the nature and the role of interpretation - inside and outside the law. This controversy was first marked by Dworkin's attacks on Hart's positivist thought and later by the positivist response in defense of Hartian arguments, or advocating some kind of reform. Through the exposition of the debate and of the central theses about the relation between law and morality that resulted from it, this work aims to reject the coherence thesis, proposed by Dworkin, as well as the sources thesis, proposed by J. Raz, and defends the inclusivist approach, centered in the soft positivism of H. L. A. Hart and the incorporation thesis by Wilfrid Waluchow and Jules Coleman. This work proposes that inclusive legal positivism presents itself as a middle path between its competitors and offers the best solutions to the strong questionings, made by Dworkin, that occupied the contemporary discussions on the theory of law.

**Keywords:** Theory of Law, Law and Moral, Coherence Thesis, Sources Thesis, Incorporation Thesis, Exclusive Legal Positivism, Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretivism



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 RONALD DWORKIN E A TESE DA COERÊNCIA.....</b>	<b>14</b>
2.1 A VIRADA HERMENÊUTICA DE H. L. A. HART .....	16
2.2 O NOVO DESAFIO AO POSITIVISMO JURÍDICO .....	22
2.2.1 H. L. A. Hart: para além do modelo de regras.....	28
2.3 O FÓRUM DO PRINCÍPIO .....	29
2.4 SEMELHANÇAS ENTRE DIREITO E LITERATURA: O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO E A TESE DA RESPOSTA CORRETA .....	33
2.5 O AGUILHÃO SEMÂNTICO .....	38
2.5.1 Hart realmente defende uma teoria semântica? .....	40
2.6 O DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE.....	43
2.6.1 Etapas interpretativas .....	44
2.6.2 Apertando os nós: uma nova conceitografia .....	45
<b>3 JOSEPH RAZ E A TESE DAS FONTES .....</b>	<b>48</b>
3.1 A AUTORIDADE DO DIREITO .....	48
3.1.1 Autoridade <i>de facto</i> : a Tese da Autoridade Alegada.....	50
3.1.2 Elementos da Autoridade Legítima: Concepção da Autoridade como Serviço .....	53
3.2 A TESE DAS FONTES .....	61
3.3 OS LIMITES DO DIREITO.....	65
3.3.1 Fontes e autoridade .....	65
3.3.2 Discrecionariedade judicial: textura aberta do direito .....	68
3.4 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES.....	73
<b>4 JULES COLEMAN, WILFRID WALUCHOW E A TESE DA INCORPORAÇÃO ...</b>	<b>75</b>

4.1 MAIS QUE UMA CONTINGÊNCIA.....	76
4.2 O POSITIVISMO BRANDO ( <i>SOFT POSITIVISM</i> ) E A INCORPORAÇÃO DE PRINCÍPIOS MORAIS.....	78
4.3 MENOS QUE UMA NECESSIDADE: A REGRA DE RECONHECIMENTO E A TESE FRACA DA SEPARAÇÃO.....	80
4.4 A TESE DA CONVENCIONALIDADE .....	83
4.5. AUTORIDADE E CONVENCIONALIDADE .....	87
4.6. REVISITANDO A AUTORIDADE: PARA ALÉM DAS RAZÕES EXCLUDENTES .....	91
4.7. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SOB A TESE DA INCORPORAÇÃO ..	96
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>100</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>103</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Uma polêmica iniciada na segunda metade do séc. XX, que ficou conhecida como o “debate Hart-Dworkin” projetou-se ao centro das investigações em teoria do direito, tornando-se uma verdadeira obsessão no pensamento anglo-americano. Em seu artigo *O Modelo de Regras I*, Ronald Dworkin oferece o estopim de uma investigação que viria a enfrentar questões fundamentais para a filosofia do direito como o papel de princípios e políticas, a função e os limites do direito, e o espaço da discricionariedade judicial. Mais ainda, a polêmica estendeu-se a questionamentos filosóficos sobre a própria possibilidade de uma teoria descritiva e assim, sobre os limites da objetividade e sobre o papel da interpretação na prática e na análise do direito.

O argumento dworkiniano, em sua primeira fase, apresentou o positivismo jurídico de H. L. A. Hart como um “modelo de regras”, incompatível com o uso que o direito faria de princípios. Desse ponto de partida diversos livros e artigos foram produzidos em defesa do projeto hartiano ou advogando sua reforma. É importante perceber que o debate não foi marcado apenas pela atuação dos dois autores, mas por toda uma variedade de teóricos do direito comprometidos com as mais diferentes agendas filosóficas. Mesmo a resposta de Hart seria publicada quase duas décadas mais tarde, na forma de um pós-escrito à segunda edição de *O Conceito de Direito*.

Muitos argumentaram que Dworkin estava incorreto em caracterizar o positivismo como um modelo para regras e até mesmo Hart respondeu que não havia nada em sua obra que autorizasse uma interpretação desse tipo, de forma que este primeiro ataque dworkiniano parece não ter atingido perfeitamente a sua marca. De toda forma, as críticas do autor não pararam por aí e seu desenvolvimento e sofisticação levaram ao que Dworkin alcunhou de *direito como integridade*. De acordo com esta teoria, o direito seria um fenômeno completo, composto por regras, princípios e políticas que, compreendidas em sua melhor luz, seriam sempre capazes de fornecer uma resposta correta para qualquer caso. Suas afirmações levam a conclusão de que não haveriam – ou haveriam muito poucos – casos fáceis, ou seja, casos nos quais o direito oferece uma resposta facilmente identificável e que esgota por completo o problema.

A visão de Dworkin seria a de que todo caso envolveria uma dimensão interpretativa, a partir da qual o juiz deveria considerar não apenas as regras “tudo ou nada”, mas também o peso de princípios e políticas coerentes com o caso concreto, e identificáveis na moralidade política de uma determinada sociedade. O argumento da coerência representa o principal aspecto da teoria dworkiniana e de sua rejeição do projeto positivista, configurando-se como um ataque ao núcleo da tese da separação entre direito e moral, considerada por muitos como o próprio coração do positivismo jurídico.

Inserindo-se no centro deste debate, este trabalho busca expor as três principais linhas argumentativas que guiaram o desenvolvimento da polêmica. Como forma de auxílio, será utilizada a classificação de Joseph Raz para essas teses sobre a relação entre o direito e moral e, a partir delas, busca-se oferecer uma análise panorâmica do tipo de teoria do direito delas resultante. Como classifica Joseph Raz, seriam estas as três teorias: (1) a tese da coerência; (2) a tese das fontes; (3) a tese da incorporação. (RAZ, 1985, p. 295)

A (1) tese da coerência, como mencionado, tratará da relação entre direito e moral idealizada por Ronald Dworkin. No primeiro capítulo, começaremos com uma exposição breve da importância do pensamento de H. L. A. Hart para a teoria do direito da época, à título de contextualização, e passaremos em seguida para uma análise da primeira fase do debate Hart-Dworkin. Será defendido que Dworkin estava errado em qualificar o positivismo como fez e que sua primeira ofensiva não apresenta grandes ameaças ao projeto positivista. Em seguida, buscaremos identificar os pontos chave da teoria madura de Dworkin para apresentar sua tese *interpretativista* (*interpretive*) e sua relação com a conclusão de que o direito deve ser compreendido enquanto integridade.

Demonstraremos, também, que alguns positivistas levaram os argumentos de que princípios morais são parte do direito bastante a sério, enquanto outros afirmaram veementemente que a moralidade jamais poderia ser compatível com a natureza do direito. Este último argumento será representado no segundo capítulo pela teoria de Joseph Raz. Este autor consolidou-se como um dos mais proeminentes filósofos da atualidade e como o grande idealizador da (2) tese das fontes, na qual fundou-se toda uma tradição que ficou conhecida como Positivismo Jurídico Exclusivo. Faremos uma exposição do argumento de autoridade raziano e sua relação com a tese das fontes com o objetivo de compreender o projeto central do exclusivismo.

No terceiro capítulo, trataremos daquela teoria que considerou importante aceitar alguns dos ataques dworkinianos, posteriormente conhecida como Positivismo Jurídico Inclusivo. Demonstraremos que o inclusivismo consiste, principalmente, na defesa do modelo fundado no positivismo brando de H. L. A. Hart, onde encontramos o embrião da tese da incorporação, posteriormente trabalhada por Wilfrid Waluchow e Jules Coleman, autores que terão um papel central neste trabalho. Defenderemos que o positivismo inclusivo, assim como o projeto de Hart, representam uma forma válida e consistente de positivismo e de teoria do direito, apresentando-se como a melhor saída para os problemas conceituais que se impõe à filosofia do direito contemporânea.

Estes três pontos compõe o eixo central desta dissertação, de forma que perseguiremos dois objetivos no seu decorrer. Em primeiro lugar, espero conseguir expor com honestidade e clareza o pensamento de cada autor, a partir das teses mencionadas, sem cair em classificações tendenciosas, como é comum que aconteça entre pensadores de projetos filosóficos rivais. Classificações desse tipo – como afirmar que R. Dworkin é um jusnaturalista, por exemplo - não podem nos oferecer nada de benéfico, mas, pelo contrário, contribuem apenas para a confusão e a dificuldade de se estabelecer um debate filosófico franco. Considerando o número de vozes dissidentes atuantes na teoria do direito contemporânea e a confusão conceitual dominante nas suas polêmicas, devemos evitar classificações reducionistas. Ainda, considerando que os temas de filosofia tendem a estar sempre conectados nos debates, de forma que toda discussão tratando de um tópico específico acaba parecendo tratar de todas as questões epistemológicas importantes para a filosofia, devemos perceber que o foco central deve estar nos argumentos apresentados e não a classificações atribuídas de forma pejorativa ou um injusta.

Em segundo lugar, espero conseguir apresentar uma refutação consistente das teorias de Dworkin e Raz em favor do projeto positivista de H. L. A. Hart. Defendo que este projeto, em conjunto com as interpretações inclusivistas oferecidas por Jules Coleman e, principalmente, Wilfrid Waluchow, se apresenta como a melhor alternativa à ofensiva dworkiniana, colocando-se a meio caminho entre o exclusivismo de Raz e o interpretativismo de Dworkin, e incorporando, com sucesso, a análise dos limites e funções da moralidade no interior de sistemas jurídicos.

## 2 RONALD DWORKIN E A TESE DA COERÊNCIA

A polêmica entre “O Conceito de Direito” de H. L. A. Hart, de um lado, e as críticas avançadas por Ronald Dworkin, de outro, marcou uma das fases mais frutíferas da teoria do direito. O debate se estenderia a tal ponto que passaria por quase todas as questões problemáticas para a ciência e a filosofia jurídica: a tese da separação, os limites do direito, o papel das normas, os limites da objetividade, a função e os limites da interpretação, entre outros aspectos.

Ronald Dworkin fará importantes críticas ao positivismo, que mudarão os rumos dessa escola a partir de suas próprias estruturas. Afirmará que para compreender as práticas de poder que denominamos Direito, será necessário considerar que a intencionalidade que unifica essas práticas depende de uma exigência de legitimidade e justiça cujo significado é essencialmente interpretativo.

O ataque mais importante de Dworkin será à tese da separação entre direito e moral. Para ele, o positivismo falhou em agregar a questão da importância dos princípios na prática jurídica e nisso, falhou em reconhecer o funcionamento desses princípios como fonte de natureza moral na argumentação jurídica. Explica que os princípios, em contraste com as regras em sentido estrito, afirmam razões jurídico-morais que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado.

Ao demonstrar que o *point* (a intencionalidade) dos princípios tem uma função valorativa, Dworkin sugere que os juízes se valem dos princípios pela sua razoabilidade e justiça, e não pela sua mera autoridade, como pretende Joseph Raz (o próximo capítulo tratará extensivamente do argumento da autoridade avançado por Raz). Essa visão dos princípios representará um ataque direto também a tese das fontes puramente sociais. O direito teria uma dimensão de razoabilidade e justiça, baseada nos princípios, que não estaria devidamente representada no conceito de direito positivista.

Dessa forma e diante do argumento de que os conflitos entre princípios fariam com que fosse difícil determinar seu conteúdo objetivo (e assim criar obrigações vinculantes para os operadores do direito), Dworkin cria um novo conceito de objetividade, contextualizado com os jogos de linguagem jurídicos:

Evidentemente, trata-se de uma objetividade não redutível a uma concepção absoluta do mundo nem tampouco redutível a critérios de verificação

fisicalistas, conforme se procurou demonstrar nos capítulos anteriores. Esse argumento exigirá, entretanto, o desenvolvimento de uma teoria da controvérsia capaz de mostrar como a objetividade é possível mesmo quando há desacordo – e, portanto, numa situação em que inexiste uma convenção que estabeleça os sentidos dos princípios e das regras. É o que se verá adiante. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 166)

Mas começando dessa forma já estamos indo longe demais. Como mencionado, a crítica dworkiniana abalou como um todo as estruturas do positivismo jurídico e para compreendê-la devemos primeiramente apresentar, ainda que de forma geral, alguns conhecimentos importantes aos quais sua argumentação está direcionada. Nas próximas páginas faremos uma breve introdução ao tipo de pensamento que foi alvo de Dworkin, utilizando, principalmente a obra de Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Do Xadrez à Cortesia*, que apresenta de forma concisa e precisa esses conhecimentos necessários para a teoria de Ronald Dworkin. Em seguida trabalharemos com as obras originais do autor, fazendo uma primeira exposição do seu desenvolvimento teórico desde os argumentos embrionários apresentados no *O Modelo de Regras I*, até a concretização de seu pensamento interpretativista (*interpretive*) em *O Império do Direito*.

Ao trabalhar com os temas apresentados, estaremos preocupados com o que ficou conhecido na teoria do direito como o debate Hart-Dworkin. Como Scott J. Shapiro argumenta, esse foi o tema mais debatido na teoria do direito das últimas décadas e a ele podemos atribuir toda uma tradição jusfilosófica na qual fundamos nosso pensamento contemporâneo:

Nas últimas quatro décadas, a filosofia do direito anglo-americana esteve preocupada – alguns poderiam dizer obcecada – com algo chamado o debate “Hart-Dworkin”. Desde o aparecimento em 1967 do “O Modelo de Regras I”, com a crítica seminal de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de H. L. A. Hart, inúmeros livros e artigos foram escritos em defesa de Hart contra as objeções de Dworkin ou em defesa de Dworkin contra os defensores de Hart. Recentemente, de fato, houve um aumento do entusiasmo – de seu já elevado nível – pelo debate, um aumento sem dúvida atribuível à publicação da segunda edição do *O Conceito de Direito*, que contém a esperada, ainda que póstuma, resposta de Hart à Dworkin em um pós-escrito. Previsivelmente, o pós-escrito gerou um vigoroso meta-debate sobre sua força, com alguns argumentando que Hart estava incorreto ao responder

Dworkin como fez e outros contra argumentando que tal criticismo à Hart seria infundado.<sup>1</sup> (SHAPIRO, 2007, p. 2)

O estudo do debate também nos permitirá uma compreensão mais profunda da separação dos positivistas em exclusivistas e inclusivistas (outras divisões existem, como o positivismo ético de Tom Campbell e Jeremy Waldron), sendo estes alguns dos que defenderam o pós-escrito de Hart e aqueles alguns que afirmaram que sua defesa do positivismo estaria incorreta – ou incompleta -, devendo ser reformada. Começemos por uma introdução ao pensamento de H. L. A. Hart que foi alvo dos ataques de Ronald Dworkin.

## 2.1 A VIRADA HERMENÊUTICA DE H. L. A. HART

O pensamento positivista anterior à H. L. A. Hart é marcado por aquilo de Ronaldo Porto Macedo Júnior denomina de fisicalismo e pode ser encontrado em seus autores mais célebres como John Austin, Jeremy Bentham e Hans Kelsen. Segundo Porto Macedo o fisicalismo jurídico é a escola que pressupõe uma separação entre o subjetivo e o objetivo, acreditando ser possível descrever o mundo como ele realmente é. Perguntas importantes levantadas por essa metodologia fisicalista seriam: que espécie de coisas existe no mundo interior e que espécie de fatos existe no mundo exterior? Quais são as fronteiras entre esses dois mundos? Entre as respostas divergentes da escola empirista de David Hume e da escola racionalista de René Descartes, encontra-se um ponto comum de seus pensamentos na ideia de que o mundo subjetivo (interno) é impossível de ser conhecido pela ausência de critérios que tornem esse conhecimento possível. Esta tese exerceria forte influência na teoria

---

<sup>1</sup> Tradução livre de: "For the past four decades, Anglo-American legal philosophy has been preoccupied – some might say obsessed – with something called the "Hart-Dworkin" debate. Since the appearance in 1967 of "The Model of Rules I," Ronald Dworkin's seminal critique of H. L. A. Hart's theory of legal positivism, countless books and articles have been written either defending Hart against Dworkin's objections or defending Dworkin against Hart's defenders. Recently, in fact, there has been a significant uptick in enthusiasm for the debate from its already lofty levels, an escalation no doubt attributable to the publication of the second edition of *The Concept of Law*, which contained Hart's much anticipated, but alas posthumous, answer to Dworkin in a postscript. Predictably, the postscript generated a vigorous metadefense about its cogency, with some arguing that Hart was wrong to reply to Dworkin in the way that he did<sup>3</sup> and others countering that such criticisms of Hart are unfounded."



positivista e seria um dos argumentos para as formulações iniciais em defesa da tese da separação entre direito e moral. (MACEDO JÚNIOR, 2014, pp. 66-69)

Como afirma John Austin “a existência da lei é uma coisa, seu mérito e demérito é outra coisa. Se ela é ou não é, é uma pergunta; se é ou não conformável a um determinado padrão, é uma pergunta diferente. Uma lei, que realmente existe, é uma lei, mesmo que não a apreciemos ou que ela se distinga do texto pelo qual regulamos nossa aprovação ou desaprovação” (AUSTIN, 1954, p. 184). Dessa forma, restaria estabelecido o que alguns positivistas acreditariam ser o próprio coração do positivismo jurídico. Enquanto o direito positivo aqui se apresenta como um fato do mundo, a saber, os comandos emanados do soberano; a moralidade seria ato interno, subjetivo, rigidamente separado do direito. Assim, o direito é constituído por um conjunto de fatos que, por sua vez, são os comandos emitidos por um poder soberano habitualmente obedecido. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 68)

O jurista fisicalista, portanto busca descartar o conhecimento que não for passível de redução a fatos brutos (*hard facts*), de forma que o direito deve ser estudado como outras ciências empíricas: descrevendo o ser no mundo por meio de um método descritivo e empírico. Este é um esforço promovido tanto pelo realismo jurídico de Alf Ross, que defende que o direito deve ser compreendido como um conjunto de fatos empíricos do mundo, como pelo positivismo jurídico de John Austin, Jeremy Bentham e Hans Kelsen. Numa de suas mais célebres passagens, afirma Kelsen:

a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2011, p. 1)

H. L. A. Hart marcará seu nome na história da filosofia do direito por oferecer uma crítica contundente a esta visão fisicalista, atacando principalmente a ideia de comandos desenvolvida por Austin – ataque ao qual dedica grande parte de seu *O Conceito de Direito*. De acordo com John Austin, uma norma pode ser considerada válida quando for um comando geral abstrato emitido por um poder soberano que não conheça nenhuma relação de subordinação e de obediência desse poder frente aos outros seres humanos (AUSTIN, 1954, 22). A norma jurídica, portanto, nasce de um fato do mundo físico: um comando emitido por um poder soberano que é habitualmente obedecido. Hart fará uma crítica a esse modelo citando a diferença entre as expressões “fui obrigado a fazer algo” e “tenho a obrigação de fazer algo” (HART, 2012, p. 27-30). Para Hart a concepção austiniana falha porque:

Os fracassos principais da teoria são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sob o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidades do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimiladas às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno. (HART, 2012, pp. 103-104)

Onde, portanto, devemos focar nossa atenção ao oferecer uma análise do direito? Hart seguirá uma ideia que podemos encontrar embrionariamente nos trabalhos de Max Weber. Este autor estava bastante preocupado com a questão da

objetividade nas ciências, o que o levou a escrever diversos textos metodológicos. Segundo ele é impossível que o cientista se abstenha de valores ao produzir conhecimento, pois estes valores estarão manifestos no objeto e na própria metodologia escolhida. Ainda assim, é possível que sob uma *ética de convicção*, o cientista adote um valor de neutralidade ao estudar seu objeto. Neutralidade, porém, que não poderia ser um mero distanciamento do objeto, mas um distanciamento dotado de empatia.

A ação social de um indivíduo para Weber, seria fortemente influenciada por seus compromissos normativos (com normas morais, sociais ou jurídicas) e pela crença de que os outros indivíduos estão vinculados a compromissos semelhantes. Dessa forma, existe uma dimensão de intencionalidade na ação social. E essa intencionalidade é sempre individual e é o elemento formador do significado da ação, motivo pelo qual o distanciamento do cientista deve ser sempre acompanhado de empatia, no sentido de que se deve buscar ver o mundo pelos olhos do ator (MACEDO JÚNIOR, 2014, pp. 109-117).

Hart também adota a intencionalidade como mecanismo de verificação da existência de regras. Para ele, porém, as regras possuem um caráter interno especial e inovador, que se chamará aspecto interno das regras. O sentido interno da regra refere-se a razões (e não fatos) para o seu reconhecimento. Nesse sentido, um indivíduo que segue uma regra, a considera como uma explicação e uma justificação de sua ação. Assim:

Esse aspecto interno das normas pode ser ilustrado de maneira simples pela comparação com as regras de um jogo qualquer. Os jogadores de xadrez têm o hábito de mover a rainha da mesma maneira, hábito que um observador externo poderia registrar, sem nada saber sobre a atitude deles diante dos movimentos que fazem. Mas, além disso, esses jogadores têm uma atitude crítica e reflexiva diante desse padrão de comportamento: encaram-no como um padrão para todos os jogadores de xadrez. Cada um deles não apenas move ele próprio a rainha de certa maneira como tem também “um ponto de vista” sobre o quanto é correto e adequado que todos movimentem a rainha daquela maneira. Esses pontos de vista se manifestam em críticas e exigências de submissão à regra quando ocorre um desvio... (HART, 2012, pp. 75-76)

Assim, Hart aproxima-se do pensamento de Weber de que as normas constituem razões para agir. A divergência entre estes últimos se dá no fato de que “para Weber, as razões para a ação são o sentido subjetivamente visado. Para Hart, as razões são constituídas pelas regras sociais que fixam a intencionalidade da própria ação” (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 122). Intencionalidade que não necessariamente refere-se à aprovação valorativa da regra, mas sim a sua mera consideração enquanto razão para agir. No caso, por exemplo, de um neonazista que adentra uma sinagoga sem usar o quipá, ainda que contrariando a regra, é a partir dela que o indivíduo guia sua ação. Há, portanto, o reconhecimento e a consideração da norma como razão para ação. A noção weberiana de empatia, dessa forma, será também importante para a teoria de Hart, pois é necessário que o indivíduo entenda o sentido de vestir o quipá na sinagoga e a transgressão pretendida pelo neonazista ao ignorar a regra, para apreciar o aspecto interno das regras (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 124).

Hart, dessa forma, operou uma virada hermenêutica na teoria do direito por descrever a prática jurídica levando em consideração a intencionalidade do agente e a forma como a prática é percebida por ele. Seu pensamento influenciou toda a teoria do direito anglo-saxã sem, contudo, restringir-se a ela. Pensadores das mais variadas escolas como Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin foram fortemente influenciados pela sua visão do aspecto interno das regras, ainda que, como veremos no caso de Dworkin, tenham oferecido fortes críticas a teoria de Hart.

Essa virada hermenêutica operada por Hart traz consigo um novo conceito de objetividade:

para Wittgenstein (e Hart) um conceito de objetividade que fosse completamente independente de nossa perspectiva subjetiva (ou forma devida) seria um nonsense. A sua afirmação apenas revela um erro gramatical (lógico) no uso do conceito de objetividade. Essa nova concepção de objetividade do mundo permitirá afirmar que o direito e seus conceitos são parte da realidade (e não uma ilusão, como afirmarão os realistas escandinavos) e que essa realidade não é redutível a fatos brutos. A realidade do direito depende de regras sociais e, dessa forma, depende de nós mesmos. Assim, ela não é passível de uma descrição "a partir de lugar nenhum", isto é, externamente a nossa perspectiva humana manifesta em nossas formas de vida. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 133)

A objetividade compreendida como parte da realidade não redutível a fatos brutos, nas teorias de Herbert Hart e Ludwig Wittgenstein, refere-se, portanto, ao aspecto interno das regras. Como afirma Hart, o que constitui o metro-padrão como medida de mensuração de objetos, não é a barra de platina de Paris, mas o uso que fazemos dela como objeto de medida (HART, 2012, p. 123). Desse modo, no caso de uma proposição jurídica, não basta que exista um fato bruto no mundo determinando que, por exemplo, um indivíduo deixou uma herança para outro. A condição de verdade da proposição depende da mencionada forma de vida, ou daquilo que podemos denominar de fato institucional, ou seja, da existência de uma regra (considerando seu aspecto interno) que defina o que é um testamento.

Cabe questionar a partir daqui os limites da adoção de um caráter descritivo da prática jurídica. Para Ronald Dworkin, em contraste a teoria de Hart, o ato de identificar o direito, ele mesmo, envolve uma tese de justificação moral, ou seja, para descrever o direito, é necessário elaborar uma interpretação construtiva e identificar qual é o seu significado para aqueles que participam das práticas que o constituem. Para tanto, é necessário compreender o valor que serve como sua hipótese política interpretativa. A realização dessa tarefa envolve o teórico do direito em juízos diretamente avaliativos sobre o direito. Tais juízos são, portanto, uma exigência para a explicação do caráter ou da natureza do direito. Dessa forma, uma análise descritiva ficaria sempre prejudicada. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 152)

Neste trabalho, nos ocuparemos das diferentes relações que a moral assume na formulação dos conceitos de direito. Joseph Raz demonstra que três teses foram defendidas com mais força na filosofia contemporânea: (1) a tese das fontes; (2) a tese da incorporação; (3) a tese da coerência (RAZ, 1985, p. 295). A (1) tese das fontes afirma que toda lei juridicamente vinculante é baseada em fontes. Quando fala em fontes, Raz está se referindo a fatos brutos, ou seja, a fatos sociais: “uma lei é baseada em fontes se sua existência e conteúdo podem ser identificados por referências apenas a fatos sociais, sem utilizar-se de nenhum tipo de argumento avaliativo” (RAZ, 1985, p. 296). A (2) tese da incorporação afirma que toda lei é baseada em fontes ou ocasionada por uma lei baseada em fontes, podendo exigir avaliações morais para sua identificação e a (3) tese da coerência afirma que a lei não apenas está fundada em fontes sociais, mas também na sua melhor justificação moral possível (RAZ, 1985, p. 296). Esta última é a tese defendida por Ronald Dworkin, que ocupará a próxima sessão do trabalho.

## 2.2 O NOVO DESAFIO AO POSITIVISMO JURÍDICO

Nenhum filósofo do direito contemporâneo consideraria o artigo “O Modelo de Regras I” de Ronald Dworkin como um trabalho profundamente maduro de sua teoria. Muitas de suas grandes ideias só viriam a se materializar em trabalhos futuros, como *O Modelo de Regras II* e, principalmente, sua obra mais influente, *O Império do Direito*. Ainda assim, não é possível falar em positivismo contemporâneo, ao menos em língua inglesa, sem passar pelas fortes críticas avançadas por Dworkin naquele primeiro trabalho.

*O modelo de regras I* atuou como um grande provocador do positivismo, obrigando os pensadores dessa escola a questionar visões e conceitos que pareciam bem definidos n’*O conceito de direito* de H. L. A. Hart. Na história do positivismo jurídico não se encontra um momento mais frutífero do que esse que se segue aos ataques de Dworkin. Diferentes autores encontraram críticas diferentes no modelo de regras e, mais importante, ofereceram respostas diferentes, o que levou o positivismo a uma nova fase e uma nova divisão entre inclusivismo e exclusivismo, que veremos a seguir. Agora, nos importa compreender o que foram essas críticas.

A argumentação de Dworkin cria uma caracterização especial do positivismo. Suas críticas são direcionadas especificamente a teoria de H. L. A. Hart. Para Dworkin, o positivismo estaria comprometido com quatro proposições centrais: (1) a regra de reconhecimento (tese do pedigree); (2) o modelo de regras; (3) a tese da separação; e (4) a tese da discricionariedade (COLEMAN, 2009). O ataque mais importante de Dworkin, como veremos, será à tese da separação entre direito e moral. Conforme explica o autor, o positivismo falhou em agregar a questão da importância dos princípios para a prática jurídica e nisso, falhou em reconhecer o funcionamento desses princípios como fonte de natureza moral na argumentação jurídica. Os princípios, em contraste com as regras em sentido estrito, afirmariam razões jurídico-morais que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado.

A tese do pedigree refere-se a uma restrição na norma de reconhecimento proposta por Hart. Para Dworkin, o positivismo estaria comprometido com uma restrição no seguinte sentido:

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público. (DWORKIN, 2002, p. 29)

Dessa primeira tese, pode-se inferir que Dworkin atribui ao positivismo o caráter de ser um “modelo de regras”. Com isso, quer dizer que o positivista reconhece como parte do direito apenas regras que possuam um *pedigree* derivado da regra de reconhecimento<sup>2</sup>. Como Dworkin afirma: “... o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e (...) sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2002, p. 29)

Esses padrões (*standards*) referidos são: políticas (*policies*), princípios e regras. O positivismo de Hart enquanto tal modelo proposto e enquanto vinculado a uma tese de *pedigree* (na norma de reconhecimento), não seria capaz de demonstrar a totalidade do direito, devendo por isso ser abandonado. Para elucidar tal explicação, Dworkin cita o caso *Henningsen contra Blooming Motors Inc.*, julgado pela Suprema Corte Americana, onde *Henningsen* havia assinado um contrato segundo o qual a responsabilidade do fabricante de carros limitava-se ao conserto das partes defeituosas, substituindo quaisquer outras garantias, obrigações ou responsabilidades. *Henningsen*, argumentou que o fabricante deveria ser responsabilizado pelas despesas médicas e materiais das pessoas envolvidas em acidente decorrente de defeito de fabricação, mas não conseguiu encontrar nenhuma lei que fornecesse suporte a sua tese.

---

<sup>2</sup> “Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação” (HART, 2012, p. 130)

Ainda assim a Corte acatou os pedidos do autor, sob o argumento de que a liberdade de contrato pode ser limitada e é no presente caso, já que fabricantes de automóveis possuem uma obrigação especial em relação aos seus carros, devido aos perigos enfrentados pelo motorista. Disso Dworkin extrai que há uma diferença de natureza lógica entre princípios jurídicos e regras jurídicas. Ainda que ambos sejam standards para decisões relativas às obrigações jurídicas, eles se distinguem “quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39). Ou seja, ou uma regra é válida para o caso concreto, e por isso o resolve e o conclui, ou não é válida para o caso concreto, e por isso em nada contribui para a decisão. O caráter “tudo ou nada” ficaria evidente ao considerarmos o enunciado segundo o qual um testamento não é válido se não for assinado por três testemunhas. Aqui a regra aplica-se ou não, sem maiores ponderações.

Princípios, por outro lado, não possuem este caráter. Ao enunciar o princípio de que *fabricantes de carros possuem uma responsabilidade especial*, não se segue nenhuma consequência jurídica automática. Tudo o que se pode dizer é que “ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como uma razão que inclina numa ou noutra direção” (DWORKIN, 2002, p.42).

Dessa maneira, regras e princípios possuiriam naturezas diferenciadas. Princípios possuem uma dimensão de peso ou importância:

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia (DWORKIN, 2002, p. 42).

Regras, por outro lado, são funcionalmente importantes ou desimportantes. Ou se aplicam ao caso, ou não. Em casos de conflitos de regras, porém, será necessário recorrer a considerações que estão além do sistema de regras. Pode-se dar precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada



mais recentemente, à regra mais específica ou, ainda, à regra que é sustentada pelos princípios com maior grau de importância.

Com isso, resta inegável que princípios são utilizados pelas cortes, mas ainda cabe a questão de serem os princípios parte do direito ou não. Para Dworkin, um positivista responderia que não, por estar comprometido com o direito enquanto sistema de regras validadas por uma norma de reconhecimento. Disso, segue-se que um positivista explicaria o uso de princípios a partir de sua (4) tese da discricionariedade:

... podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar. (DWORKIN, 2002, p. 46)

Dworkin explica que se os positivistas estiverem corretos em relação a tese do pedigree, de fato não se pode considerar princípios como possuindo obrigatoriedade de lei, porém, tal incompatibilidade entre princípios e a teoria positivista, mostraria a falha dessa linha de pensamento por não enfrentar a questão dos princípios. Considerando o papel destes na justificação dos juízes e no direito, uma teoria que os leve em consideração com certeza ofereceria vantagens em relação a uma outra que não, de forma que seria necessário oferecer uma abordagem que trate os princípios como parte do direito e, por isso mesmo, como juridicamente obrigatórios. (DWORKIN, 2002, p. 47)

Caso nenhum princípio seja considerado como obrigatório pelos juízes, nenhuma regra – ou poucas regras – seriam consideradas como obrigatórias para chegar a uma decisão. É um fato que juízes, no direito anglo-saxão, desconsideram regras em muitos casos em favor de princípios, pois as leis estão sujeitas a interpretação e reinterpretação.

Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões, obrigatórios para os

juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida” (DWORKIN, 2002, p.59).

Para Dworkin é necessário que um princípio justifique a modificação ou revogação da regra, como no caso Henningsen. Para isso é necessário que existam princípios importantes para o caso determinado, ou nenhuma regra estaria a salvo. Encontrar standards que permitam modificar a regra exigiria que se considerasse alguns standards como obrigatórios, como, por exemplo, a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, o que conferiria aos tribunais uma necessidade de limitarem suas decisões pelos atos do Legislativo. Incluem-se também os princípios da equidade, da eficiência e da justiça.

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. (DWORKIN, 2002, p. 63).

O ponto central dos argumentos de Dworkin, refere-se ao uso que o direito faz de princípios que são morais em sua natureza lógica e, mais, que esse uso demonstra que certos princípios morais seriam juridicamente obrigatórios e, por isso, parte do direito. Se esta tese proposta por Dworkin estiver correta, o conceito de Direito defendido por Hart entrará em colapso. Isto porque, o argumento de que princípios morais são elementos necessariamente vinculados ao direito faria com que a tese de que todas as leis são regras caísse por terra:

Nesse caso, (1), o modelo de regras falha. Se tais normas [princípios] são direito, seu status como tal depende do seu conteúdo, isto é, no fato de que eles expressam uma demanda ou dimensão de justiça. Sua legalidade não depende de sua identificação como tal por uma regra de reconhecimento. Isso significa que (2), a regra de reconhecimento também falha. Mais ainda, se princípios morais são ou podem ser normas jurídicas, então não pode haver o tipo de separação entre direito e moral que a tese da separação propõe. Nesse caso, (3), a tese da separação falha. Se princípios podem ser vinculantes sobre os juízes e não opcionais, isto sugere que onde os positivistas enxergam discricionariedade, a melhor visão é que existe lei vinculante. Assim, (4), a tese da discricionariedade não pode ser sustentada.

Em resumo, se aceitarmos a evidência fenomenológica como decisiva, então todos os quatros axiomas do positivismo não podem ser sustentados. Isto deixaria o positivismo sem, por assim dizer, uma perna para se apoiar.<sup>3</sup> (COLEMAN, 2009, p. 367)

Essas críticas avançadas por Dworkin provocaram o que ficou conhecido como o debate Dworkin/Hart. Importante ressaltar que o debate não foi marcado apenas pela atuação dos dois autores. Houveram defesas de ambos os lados feitas por vários pensadores da teoria do direito. A própria resposta de Hart só veio muitos anos mais tarde, com a publicação da segunda edição do *O Conceito do Direito*, contendo o *Pós-Escrito* do autor.

O debate operou profundas mudanças no positivismo jurídico, que se viu obrigado a aceitar parte dos argumentos de Dworkin. Nisso o positivismo dividiu-se em inclusivo e exclusivo. Aquele representado por H. L. A. Hart, Wilfrid Waluchow, Jules Coleman, entre outros, e este representado por Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott Shapiro, entre outros. O eixo do debate que se seguiria em diversas matrizes teóricas (inclusivistas, exclusivistas, jusnaturalistas, intepretativistas e teóricos da razão comunicativa) versou muito mais sobre o significado teórico envolvido na prática argumentativa envolvendo princípios do que propriamente sobre o uso de princípios pelos juristas. (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 166-179)

O exclusivismo, aqui representado por Raz, afirmará que Dworkin estava correto ao afirmar que os princípios morais são amplamente presentes no raciocínio jurídico e que eles não possuem um pedigree (não derivam de questões de fato). Raz questiona porém que estes princípios façam parte do conceito de direito. Para este autor, eles são parâmetros extrajurídicos frequentemente usados, tanto como as regras da lógica, da geometria, ou normas de outras jurisdições ou mesmo convenções internas de uma empresa.

---

<sup>3</sup> Tradução livre de: "In that case, (1), the model of rules fails. If such norms are law, their status as such depends on their content, that is, on the fact that they express a demand or dimension of justice or fairness. Their legality does not depend on their being identified as such by a rule of recognition. This means that (2), the rule of recognition, fails as well. Moreover, if moral principles are or can be legal norms, then there cannot be the kind of separation of law and morality that the separability thesis envisions. In that case, (3), the separability thesis fails. If moral principles can be binding on judges and not optional for them, this suggests that where positivists see discretion, the better view is that there is binding law. Thus, (4), the discretion thesis cannot be sustained. In short, if we accept the phenomenological evidence as decisive, then all four tenets of legal positivism must be abandoned. This leaves legal positivism without, so to speak, a leg to stand on."

Os inclusivistas, por outro lado, acolheram a fenomenologia do julgar, segundo a qual os princípios fazem parte do conceito de direito, pois verifica-se que os juízes os utilizam e consideram necessário fazê-lo.

Os positivistas inclusivistas aceitaram, de modo geral, o argumento hartiano de que o critério de validade jurídica está enraizado numa convenção fundamental, isto é, numa regra de reconhecimento que se manifesta por meio de um complexo conjunto de práticas de aplicação do direito realizadas pelos juízes e também por outros funcionários do Estado encarregados nessa aplicação. Dessa forma, são essas práticas convencionais que constituem a base do direito. Se, por um motivo contingente, nessas práticas se incluírem o reconhecimento da força vinculante dos princípios em razão de seus conteúdos (sua razoabilidade, sua justiça, etc.), então o direito, nessas situações, poderá envolver princípios jurídicos de natureza moral como direito, e não como meros princípios extrajurídicos. (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 170)

Em resumo: princípios morais podem fazer parte do direito, desde que sejam reconhecidos por uma norma de reconhecimento como tal. O positivismo inclusivista discorda portanto de Dworkin no que se refere ao seu ataque a tese das fontes sociais: mesmo os princípios não pertencem a uma dimensão diferente daquela das regras, pertencem sim ao conjunto dos fatos sociais e são verificados por uma regra de reconhecimento. Analisaremos mais a fundo alguns argumentos avançados pelas duas frentes do positivismo nos próximos capítulos.

### 2.2.1 H. L. A. Hart: para além do modelo de regras

Uma resposta muito breve pode ser fornecida contra o argumento central de Dworkin em *O Modelo de Regras I*: o positivismo não é e nunca se pretendeu como um modelo de regras. Nesse sentido seria possível afastar as críticas pela mera negação do argumento de que o positivismo seguiria tal modelo. Hart, de fato, nunca fez tal afirmação e em seu *Pós-Escrito* ainda esclareceu o problema que Dworkin apontou:

Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não conclusiva. Mas ao usar a palavra “norma”, não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase conclusivas. (HART, 2009, p. 339)

Hart explica que, em verdade, havia considerado a existência de padrões jurídicos variáveis, que guiam a decisão, mas não a esgotam por completo (HART, 2009, p. 169-173). Tais padrões seriam exatamente o que Dworkin chama de princípios, ainda que a terminologia seja outra. Como Joseph Raz bem explica, o uso que Hart faz da palavra “regra” não é o mesmo de Dworkin. Por regra, Hart refere-se àquilo que Dworkin chama de padrões (*standards*)<sup>4</sup>. Assim, se o argumento do modelo de regras falha, então toda a argumentação de Dworkin estaria errada. Se o coração do argumento é que o positivismo não dá conta da realidade dos princípios, então devemos rejeitá-lo por ser falso.

Ainda assim, se esse é um argumento suficiente para essa fase do debate, ele não serve para a obra mais madura de Dworkin, que traz novos elementos para a explicação da função e natureza dos princípios e para o seu papel no interior do direito. Nas próximas páginas será exposto o argumento da natureza política do direito e sua relação com o uso que se faz de princípios, elementos formadores da alma do projeto jurisprudencial de R. Dworkin.

## 2.3 O FÓRUM DO PRINCÍPIO

A moralidade pode ser compreendida de diferentes formas. Por um lado, pode ser a moral legítima, ou seja, uma espécie natural, acima do mundo das coisas, que sirva de padrão a partir do qual comparamos todas as nossas ações e visões. Por outro lado, pode ser uma moral social, ou seja, aquela fundada na convencionalidade

---

<sup>4</sup> “Professor Dworkin’s mistake lies in assuming that when Austin was talking about commands he was referring to what Professor Dworkin calls rules. But this is not the case. Neither Hart use ‘rules’ in the same sense as Professor Dworkin. By ‘rules’ he means what Professor Dworkin seems to mean by ‘standards’, namely rules, principles or any other type of name (whether legal or social)” (RAZ, 1972, p. 845).

de nossa sociedade, em nossas práticas sociais. Tal distinção é importante na exposição da teoria de Ronald Dworkin. Muitos autores identificaram seu pensamento como uma nova forma de jusnaturalismo e sua defesa de uma vinculação entre direito e princípios morais como uma versão mais sofisticada dos velhos axiomas daquela escola. Apesar de concordar que Dworkin falha em sua defesa de uma moral social, devemos esclarecer que é exatamente este o tipo de moral que ocupa sua visão jurisdicional. Seria uma injustiça atribuir um caráter jusnaturalista a sua tese da coerência.

De fato, a ideia de uma tese da coerência, bem compreendida, busca afastar uma visão desse tipo. Onde então, fundam-se os elementos de coerência, os parâmetros que demonstram a melhor justificação possível do direito? Dworkin explica que:

Você é um cético arquimediano se acredita que as proposições não podem ser verdadeiras porque não há nada aí no mundo – um ponto de alavancagem – em virtude de que essas proposições podem ser mostradas verdadeiras. (GUEST apud MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 197)

A partir dessa visão do ceticismo arquimediano, Dworkin lança um ataque, não apenas ao positivismo, mas a todas as formas desengajadas, com aspirações não avaliativas e metodologicamente neutras presentes em várias abordagens do direito. Seus argumentos são de que o direito deve ser compreendido como uma prática social argumentativa, considerada a partir da dimensão interna e externa do direito. Esta representa o ponto de vista do historiador ou sociólogo, que pergunta, por exemplo, por que certos padrões de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias e não em outras. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 198)

Onde, então, encontramos esses padrões argumentativos? Onde fundam-se os princípios morais que Dworkin afirma serem parte necessária do conceito de direito? Em sua obra *Uma Questão de Princípio* encontramos a resposta para essas perguntas: no fundamento político do direito. Dworkin inicia sua obra distinguindo entre as concepções de Estado de Direito. Existiriam duas concepções dominantes: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos. A primeira seria a ideia de que o Estado só pode exercer seu poder contra o cidadão se expressamente permitido pelo texto jurídico ou, em casos controversos, quando a lei não esgotar o caso concreto, a

partir da interpretação do sentido semântico ou psicológico do texto jurídico. O primeiro refere-se a busca pelo que o texto legal quis dizer e o segundo ao intento de compreender o objetivo do legislador no momento em que redigiu o dispositivo legal. Uma terceira via ainda se apresenta para os casos controversos e refere-se a união da questão semântica e psicológica, buscando compreender como decidiria o legislador caso fosse legislar sobre o ato jurídico em questão. É o que se chama de questão contra factual (DWORKIN, 2001, pp. 3-17).

Fica claro que juristas irão discordar sobre as interpretações corretas qualquer que seja o método utilizado, mas os que defendem a concepção centrada no texto legal afirmam que a forma como os juízes guiam seu pensamento (para a interpretação do texto) é o elemento relevante dessa concepção.

A ideia de um Estado de Direito centrado nos direitos enfrenta problemas filosóficos em maior escala. Aqui o objetivo é identificar se a parte possui um direito moral sobre sua demanda. Não se trata, porém, de afirmar que os juízes devem decidir de acordo com argumentos políticos, ignorando a lei, mas de afirmar que nos casos controversos essa análise é a mais adequada. O princípio que o juiz deve aplicar nesses casos não pode ser contraditório com o conjunto de normas jurídicas: deve estar de acordo com os princípios políticos que guiaram a criação desse conjunto legislativo. (DWORKIN, 2001, pp. 14-15)

Conforme explica Dworkin, essa última concepção enfrenta bastante resistência pela crença comum de que juízes devem se manter fora da política. Isso se dá, pois acredita-se que decisões políticas só podem ser tomadas sob controle popular, ou seja, por aqueles periodicamente eleitos pelo povo. Este é o argumento da democracia, que ficaria prejudicado se juízes interferissem em questões políticas. O que Dworkin busca demonstrar, porém, é que as soluções oferecidas pela concepção centrada no texto legal (semântica, psicológica, contra factual) não deixam de ser, de maneira alguma, decisões políticas. São na verdade decisões com este caráter e uma mera roupagem de caráter histórico, como se pretendem. (DWORKIN, 2001, pp. 16-17)

Concepções – e conceitos – buscam representar a essência do objeto e nem sempre atingem seu objetivo. O argumento de Dworkin contra a concepção centrada no texto legal tenta demonstrar que tal ideia é enganosa, pois apresenta as decisões dos tribunais como politicamente neutras, o que não é o caso. O ponto central na teoria dworkiniana, que demonstramos aqui, que se espalhará por toda a sua obra e

constituirá seu maior tema é o de que não se pode separar o direito da política. Juízes são juízes políticos, quer admitam isso ou não. Decisões fundadas no texto legal, assim, seriam decisões travestidas de neutralidade – seriam uma falsa concepção da natureza do seu objeto.

Sob estes argumentos, Dworkin afirma que o direito enquanto prática argumentativa envolve uma prática social interpretativa que pode ser representada num simples exemplo: a prática da cortesia.

Imaginemos a seguinte prática social normativa que envolve um conceito interpretativo. Suponhamos que Francisco, um jovem rapaz, relate a seu amigo Roberto que na noite anterior convidou uma garota para jantar num restaurante e que, ao final, cada um pagou a sua parte na conta. Roberto então dirigiu uma crítica a Francisco, afirmando que ele agiu com imensa descortesia com relação a garota, visto que se espera que os homens paguem a conta das mulheres quando as convidam para sair. Francisco discordou de Roberto e afirmou que não foi de modo algum descortês, visto que seus rendimentos não são superiores aos da garota e que não via motivo para um tratamento desigual simplesmente em razão de ser ela do gênero feminino. Chegou até mesmo a argumentar que em outras oportunidades pagou de bom grado a conta de um amigo porque este estava em situação econômica difícil. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 203)

Este exemplo ilustra o caráter interpretativo na formação de um conceito, que segundo Dworkin funciona da mesma forma no direito. Está em jogo a disputa argumentativa sobre o conceito de uma regra e sua aplicação (coisas que não poderiam ser separadas). Discute-se o que é cortês e como se deve agir de acordo com isso. Tanto Francisco como Roberto compreendem a ideia de violar uma regra de cortesia, porém discordam sobre o que seria cortês no caso concreto. Nesse sentido é que essa prática é argumentativa. Assim, no jogo da cortesia existe uma prática reflexiva avaliativa sobre um valor.

Com isso conclui que a cortesia, assim como o direito, são conceitos interpretativos, formados a partir da prática argumentativa. Essa prática argumentativa faz com que o direito seja um conceito político (não cabendo se falar em uma separação entre direito e política – e assim entre direito e moral), formado a partir da intencionalidade argumentativa de legitimação moral: “o direito é um empreendimento político, cuja intencionalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social



e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas”. (DWORKIN apud MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 212)

Sob essa fundamentação Dworkin fará sua famosa alegação de que o direito se assemelha à literatura, pois não é possível escapar à interpretação. Nos ocuparemos nas próximas páginas dessa ideia para, por fim, apresentar o conceito mais importante avançado pelo autor: o direito como integridade.

## 2.4 SEMELHANÇAS ENTRE DIREITO E LITERATURA: O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO E A TESE DA RESPOSTA CORRETA

Demonstramos que na leitura que Dworkin faz do positivismo, esta escola defende que em casos difíceis o juiz utiliza-se de sua discricionariedade judicial para buscar em padrões extrajurídicos uma resposta para o caso. Nos próximos capítulos demonstraremos com detalhes algumas das diferentes visões acerca desse tema que podem surgir no interior do inclusivismo e do exclusivismo. Agora, nos interessa expor como, então, Dworkin resolve o problema dos casos difíceis. Explicamos, na exposição de *O Modelo de Regras I* que este autor defende que a discricionariedade não faz sentido, pois juízes utilizam-se de princípios político-morais que são parte necessária do conceito de direito. Como então devemos compreender o papel da identificação desses princípios? Ainda, isso significa que sempre existe uma resposta correta para todos os casos?

Provavelmente uma das ideias mais populares do positivismo, uma que foi defendida por toda a tradição analítica do direito, ainda que com pequenas alterações, é a visão de que não existe resposta correta de acordo com o direito em todos os casos. Como afirma H. L. A. Hart:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais

casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder. (HART, 2012, p. 351)

Dworkin, como vimos, rejeita esta imagem de um direito parcialmente indeterminado. “Com efeito, ele argumenta que não é o direito que é incompleto, mas a imagem que dele faz o positivista” (HART, 2012, p. 352). Se a ideia de incompletude do direito estiver incorreta, então falham a tese da discricionariedade e a tese de que a textura aberta da linguagem acabaria por criar vácuos legislativos nos quais nenhuma decisão poderia ser encontrada no universo jurídico. Sob essa ideia Dworkin funda sua tese da resposta correta. (DWORKIN, 2001, p. 175-216)

A ideia de que alguns casos não possuem nenhuma resposta correta (apresento uma visão detalhada dos motivos para a necessidade da discricionariedade judicial no próximo capítulo) deve ser afastada de acordo com a tese da coerência de Dworkin, de que o direito é determinado não apenas pelas fontes brutas, mas também de sua melhor justificação moral possível. Como explica Andrei Marmor:

O princípio geral que forma a melhor justificação moral do corpo de leis relevante é o princípio jurídico que deve ser aplicado no caso específico. Em outras palavras, nós concluímos que um princípio jurídico forma parte do direito por um processo de argumentação. Nós começamos pela observação dos fatos jurídicos relevantes que foram estabelecidos pela lei anterior e então tentamos raciocinar sobre o princípio que forma a melhor justificação moral desse corpo de leis. A conclusão desse raciocínio – que é em parte, mas essencialmente, um raciocínio moral – é o princípio jurídico que forma parte do direito.<sup>5</sup> (MARMOR, 2011, p. 86)

---

<sup>5</sup> Tradução livre de: “The general principle that forms the best moral justification of the relevant body of law is the legal principle that would bear on the case at hand. In other words, we conclude that a legal principle forms part of the law by a process of reasoning. We start by observing the relevant legal facts that are established by previous law and then try to reason to the principle that forms the best moral justification of this body of law. The conclusion of this reasoning – which is partly, but essentially, a moral one – is a legal principle, one that forms part of the law.”

Com isso fica claro porque Dworkin defende que o direito nunca é incompleto e também o motivo de sua rejeição da ideia de uma regra de reconhecimento, já que princípios seriam parte do direito mesmo sem obter sua validade a partir de uma regra daquele tipo. Então seria verdade que o direito possui uma relação conceitual necessária com a moral, pois princípios não se tornam parte do direito através de alguma diretiva de autoridade, mas sim por constituírem a melhor justificação moral para um fato jurídico e um conjunto de leis num caso específico. Para ilustrar a função da interpretação na identificação de princípios, Dworkin fornece sua famosa comparação entre direito e literatura (DWORKIN, 2001, p. 217-258), onde busca afastar a visão que atribui ao positivismo de que as cortes aplicam o direito sempre de forma descritiva e que quando a descrição é insuficiente, então criam novo direito.

A partir do exemplo apresentado pelo autor de um romance produzido capítulo a capítulo por diferentes escritores, podemos compreender e, também, rejeitar sua tese da resposta correta. Eis o exemplo:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são realmente, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas. (DWORKIN, 2001, p. 235-237)

O argumento de Dworkin é que o direito funciona de forma semelhante a este exercício literário. Em casos claramente difíceis, onde não existem fatos jurídicos brutos que determinem o resultado, os juízes não abandonam o direito existente para

criar um novo capítulo independente, mas analisam as regras e princípios coerentes com o caso e a forma como decidiram as cortes em casos semelhantes no passado. Ao decidir um novo caso, o juiz deve se considerar como mais um autor na corrente do romance, não criando uma nova história, mas continuando a história como ela *realmente* é, considerando todos os elementos a sua disposição a partir de sua própria interpretação dos fatos. De acordo com essa tese, o direito jamais seria incompleto, de modo que o juiz jamais teria espaço discricionário. (DWORKIN, 2001, p. 238)

Ainda que tenha tido grande repercussão na teoria do direito, devemos apontar que essa é uma noção estranha se o objetivo é o de afastar a tese da discricionariedade judicial. Para explicar este estranhamento, proponho o mesmo exercício que Dworkin: suponha o mesmo romance, escrito da mesma forma proposta. Suponha também que no primeiro capítulo o autor crie uma trama de suspense em torno de um assassinato e que apresente diversos personagens. No segundo capítulo, o novo autor deverá manter sua narrativa coerente com os acontecimentos anteriores, porém, cada novo personagem inserido, cada nova história de fundo, cada nova história paralela não pode ser considerada como parte do que o romance *realmente* era, mas como novos elementos criados e adicionados a narrativa anterior. As novas histórias podem seguir diversos caminhos, diversos caminhos conflitantes entre si e, ainda assim, ser perfeitamente coerentes com a história proposta pelo primeiro autor. Voltando para o direito: que a decisão do juiz é coerente com o direito vigente não significa dizer que ela já era parte do direito no momento anterior à decisão. É um erro defender que os juízes identificam o que o direito é, quando o que fazem é criar novo direito que esteja de acordo com o direito vigente.

Hart também apresenta um argumento, preciso e contundente, em seu pós-escrito contra a tese da resposta correta, demonstrando que casos difíceis podem sempre parecer coerentes com diferentes princípios, que determinariam resultados conflitantes, de forma que o juiz não tem nada em que confiar a não ser na sua ideia do que é o melhor, o que não significa dizer que de fato sua ideia é a melhor:

É verdade que, quando leis ou precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por uma área

conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definida para o problema em questão. Isso constitui na verdade o próprio cerne da “interpretação construtiva”, que é um traço tão importante da teoria de Dworkin sobre a decisão judicial. Mas, embora esse procedimento possa certamente postergar, ele não elimina a oportunidade de criação judicial do direito. Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva. (HART, 2012, p. 355)

Ainda, podemos argumentar sobre a impossibilidade de apresentar a melhor justificação moral do caso, “consideradas todas as coisas”. A comparação entre direito e literatura falha novamente para atingir os objetivos de Dworkin, pois ignora a incomensurabilidade de valores. A interpretação de um capítulo do romance em cadeia pode seguir em várias direções, mas, de fato, nem todos os caminhos são válidos. Mantendo uma linha de coerência com a história original, parece difícil identificar qual seria o *melhor* caminho, consideradas todas as coisas. Como explicou Hart, em um caso difícil, princípios conflitantes podem se apresentar como coerentes com o caso. Sendo assim, a partir de que método de raciocínio podemos encontrar aquele que melhor justifica moralmente uma decisão? De que ajuda seria a ideia de “consideradas todas as coisas” nesse caso? Diversos elementos – morais, políticos, sociais – tornam uma interpretação mais valiosa do que outra em diferentes dimensões. Na maioria dos casos seria impossível dizer qual delas é melhor ou pior, não porque esquecemos de considerar alguma coisa, mas porque certos argumentos morais são incomensuráveis comparativamente. (MARMOR, 2011, p. 107)

Ainda que se assuma que Dworkin esteja correto, e que é possível encontrar a melhor justificação moral possível para todos os casos jurídicos, então como explicar casos em que cortes tomem decisões incorretas, como no exemplo abaixo?

Suponha que uma corte – e peguemos a Suprema Corte dos EUA como nosso exemplo – enfrenta um caso difícil que pareceria indeterminado pela lei existente. E suponha que os ministros da corte argumentem exatamente como Dworkin sugere. Porém, suponha que diferentes ministros da corte cheguem a diferentes resultados. Suponha que cinco ministros concluam que o princípio relevante para o caso seja *M* e quatro ministros concluam que o princípio relevante seja na verdade *N*. Assuma-se ainda que *M* e *N* sejam

mutuamente excludentes na dada circunstância, ou seja, que se o princípio *M* se aplica, isso deve implicar em não-*N*, e vice-versa. Como acontece, o princípio *M* ganha suporte majoritário, de forma que a decisão se dá de acordo com *M*. Nos permita ainda assumir que a maioria da corte tenha cometido um erro *moral*; o princípio *N* é aquele que, consideradas todas as coisas, moralmente falando, deveria ter sido aplicado. O que é o direito agora? Todo advogado diria que, ao menos até a decisão ser revertida por uma decisão subsequente, o direito é *M*. Pode não ser bom direito, certamente não o melhor, mas é o direito.<sup>6</sup> (MARMOR, 2011, p. 91)

Se defendermos a tese de Dworkin de que o direito nunca é indeterminado, então como explicar o conflito entre o direito que se encontra no mundo dos fatos, nomeadamente, aquele aplicado pelas cortes e o direito “correto”, aquele que oferece a melhor justificação moral para o caso, consideradas todas as coisas? Se defendermos a tese de Dworkin, acabaremos concluindo que uma grande parte do direito de fato praticado estaria juridicamente equivocado. “Certamente, em algum momento, alguém deveria duvidar que uma teoria que define uma grande parte do direito como erro jurídico é realmente uma teoria que nos diz o que o direito é”<sup>7</sup>. (MARMOR, 2011, p. 92)

## 2.5 O AGUILHÃO SEMÂNTICO

O debate na teoria do direito foi aprofundado com a publicação, em 1986, da obra *O Império do Direito*. Aqui Dworkin reforçará uma objeção antiga aos positivistas, que chamará de *ferroada semântica* (*semantic sting*). Uma concepção semântica é

---

<sup>6</sup> Tradução livre de: “Suppose a court – and let us take the U.S. Supreme Court as our example here – faces a difficult case that would seem to be unsettled by existing law. And suppose the justices on the court reason exactly in the way Dworkin suggests they do. However, let us assume that different justices on the court come up with different results. Suppose that five justices conclude that the relevant principle that would bear on the case is *M*, and four justices conclude that the principle is actually *N*. And let us assume that *M* and *N* are mutually exclusive under the circumstances, namely, that if principle *M* applies, then it entails not-*N*, and vice versa. As it happens, principle *M* gains majority support and therefore the ruling is according to *M*. Let us further assume that the majority has made a *moral* mistake; principle *N* is the one that, all thing considered, morally speaking, should have been applied. What is the law now? Every lawyer would tell you that, at least until ruling is overturned by a subsequente decision, the law is *M*. It may not be a good law, certainly not the best, but it is the law.”

<sup>7</sup> Tradução livre de: “Surely, at some point one would have to doubt whether a theory that renders a great part of the law to be a legal error is really a theory that tells us what the law is”.

aquela que busca definir o significado de um conceito a partir do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no “campo semântico” daquela palavra.

Segundo Dworkin, a expliação hartiana do direito procurou identificar critérios compartilhados para o uso do conceito de direito e os encontrou num conjunto de práticas de reconhecimento de obrigação e práticas de autoridade. Os conceitos criteriosais de direito podem ser adequados para definir determinados tipos de conceitos, como os conceitos naturais de livro, casa, veículo, parque, etc. Contudo, eles são lógico-gramaticalmente inadequados para descrever conceitos interpretativos, como direito, cortesia ou justiça. Nesse ponto reside o aguilhão semântico que atinge a teoria positivista. Desacordos são comuns no direito e, com frequência referem-se às regras que se supõem serem as bases ou fundamentos para o direito. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 183)

O que Dworkin tenta explicar é que os filósofos do direito pensam existir regras comuns que afastam o desacordo entre operadores do direito. Segundo ele, os positivistas acreditam ser possível fazer isso por conceder ao direito uma fonte estritamente empírica, sem perceber que os desacordos são, na maioria das vezes, teóricos. O aguilhão que ataca o positivismo, portanto, é o de que o caráter semântico dessa escola é incapaz de explicar o desacordo teórico na prática jurídica. Este argumento serve para demonstrar o que Dworkin alcunhou de a natureza convencionalista do positivismo.

Segundo este argumento, o positivismo falha por fundamentar seu conceito semântico de Direito na tarefa de identificar regras compartilhadas para a aplicação de conceitos. Se há desacordo teórico (e não apenas empírico), então essas regras não existem.

Dworkin atribui a Hart um preconceito filosófico de que compartilhar conceitos significa compartilhar critérios para a sua aplicação correta. Dworkin argumenta que o preconceito – o aguilhão – tornou Hart incapaz de explicar adequadamente o desacordo entre operadores do direito. Operadores discordam, diz Dworkin, porque têm concepções diferentes dos mesmos conceitos. Eles se apoiam em entendimentos substantivamente diferentes do conceito relevante, e trocam argumentos em suporte de um ou outro entendimento. Desacordo sobre a negligência de certo comportamento é substantivo, é um desacordo teórico sobre o que realmente é negligência. O aguilhão torna tal desacordo impossível: para discordar sobre negligência nós

devemos compartilhar o conceito de negligência; mas se compartilhar um conceito implica em compartilhar critérios para sua correta aplicação, então não podemos realmente discordar.<sup>8</sup> (STAVROPOULOS, 2001, p. 61)

Assim, numa teoria dita positivista, apenas desacordos em relação as fontes do direito seriam possíveis, desacordos sobre uma norma ser ou não jurídica. Não seria possível explicar, como Dworkin aponta, de onde surgem os desacordos teóricos, aqueles sobre a correta aplicação de uma lei, sobre sua correta interpretação. Uma série de argumentos foi apresentada na tentativa de afastar o *aguiilhão semântico*. É seguro afirmar que este é o grande argumento de Dworkin contra o projeto jurisdicional de H. L. A. Hart. Grande parte dos argumentos em defesa de Hart buscou afastar a ideia de que Hart apoiava-se numa doutrina semântica ou que a semântica estava limitada à visão da decisão jurídica, sem afetar sua teoria como um todo (STRAVOPOULOS, 2001, p. 62).

Hart faz sua defesa apontando para uma diferença nos desacordos teóricos sobre o que é o direito e nos desacordos empíricos sobre a aplicação do direito: “de fato, esse último argumento a mim atribuído confunde o *significado* de um conceito com os critérios para sua *aplicação*” (HART, 2012, p. 318). Ainda assim, essa resposta mostra-se bastante breve, e deixa suspenso um mistério sobre qual o verdadeiro desacordo entre os dois autores. Esse mistério exige algumas elucidações sobre qual o caráter semântico na obra de H. L. A. Hart.

### 2.5.1 Hart realmente defende uma teoria semântica?

Aparentemente, é de fato uma forte tentação considerar a teoria de Hart como semântica. Em primeiro lugar, seu livro se chama *O Conceito de Direito*. Além disso:

---

<sup>8</sup> Tradução livre de: Dworkin attributes to Hart a philosophical prejudice to the effect that sharing concepts amounts to sharing criteria for their correct application. Dworkin argues that the prejudice – the sting – made Hart unable adequately to explain disagreement among lawyers. Lawyers disagree, Dworkin says, because they have competing conceptions of some concepts. They rely upon substantively different understandings of the relevant concept, and they exchange arguments in support of one or the other understanding. Disagreement about whether a certain behavior is negligent is substantive, theoretical disagreement about what negligence really is. The sting makes such disagreement impossible: to disagree about negligence we must share the concept of negligence; but if sharing the concept amounts to sharing criteria for its correct application, we cannot really disagree at all.



Ele confessa em seu Prefácio que trabalhará “questões que podem muito bem ser ditas questões sobre o significado das palavras” e ele cita duas vezes o comentário de J. L. Austin sobre “usar uma compreensão afiada das palavras para afiar nossa percepção do fenômeno”. Em casos de textura aberta de um termo geral, ele diz que “nenhuma convenção firme ou acordo geral dita seu uso”, sugerindo que uma convenção ou acordo geral dita o uso de termos gerais em outros casos.<sup>9</sup> (ENDICOTT, 2001, p. 42)

Todas essas afirmações podem levar, e de fato levam, ao engano de que Hart busca oferecer uma teoria semântica, a partir da qual desacordos teóricos seriam resolvidos por concepções compartilhadas de conceitos. Se Dworkin estiver correto, então o agulhão semântico estará cravado na carne do projeto positivista de Hart. Se sua obra busca definir o conceito de direito e assim, demonstrar a correta aplicação da palavra “direito”, então não deveriam haver casos de desacordos teóricos sobre o que é o direito em determinado caso. Exceto que Hart rejeita todas essas noções.

Este autor afirma que Dworkin está confundindo afirmações do tipo “o que é direito” com proposições jurídicas do tipo “o que é a lei”<sup>10</sup>. Como Hart explica logo no primeiro capítulo de *O Conceito de Direito*, seu objetivo:

não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma norma através da qual se possa pôr à prova a correção do emprego da palavra; é fazer avançar a teoria do direito, oferecendo uma análise aperfeiçoada da estrutura característica dos sistemas jurídicos internos e uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral como tipos de fenômenos sociais. (HART, 2012, p. 22)

Segundo Joseph Raz, quando Hart fala de conceito de direito, ele está na verdade falando sobre a natureza do direito, o que significa que está preocupado com

---

<sup>9</sup> Tradução livre de: “He confesses in his Preface to addressing ‘questions which may well be said to be about the meaning of words’, and he twice quotes J. L. Austin’s comment about ‘using a sharpened awareness of words to sharper our perception of the phenomena’. In cases of the open texture of a general term, he says that ‘no firm convention or general agreement dictates its use’, suggesting that a firm convention or general agreement dictates the use of general terms in other cases.”

<sup>10</sup> “Segundo Dworkin, um teoria semântica do direito é aquela que afirma que o próprio significado da palavra ‘direito’ faz com que este dependa de certos critérios específicos. Mas as proposições jurídicas consistem tipicamente em afirmações não do que o “direito” é em geral, mas do que é a lei, isto é, o que o direito de um sistema permite ou exige que se faça ou outorga poderes para fazer. Assim, mesmo se o significado dessas proposições fosse determinado por definições ou por suas condições de veracidade, isto não levaria à conclusão de que o próprio significado da palavra ‘direito’ torna este último dependente de certos critérios específicos. Isso só aconteceria se os critérios oferecidos pela norma de reconhecimento de um sistema, e a necessidade de tal norma, fossem derivados do significado da palavra ‘direito’. Mas não há traço de tal doutrina em minha obra” (HART, 2012, p. 319)

as propriedades fundamentais de um fenômeno ou objeto e não com as propriedades semânticas do emprego de uma palavra. Não há na obra hartiana uma teoria essencialmente semântica – ainda que a semântica cumpra um papel modesto em seu projeto (ENDICOTT, 2001, p. 41) -, mas há uma teoria sobre as propriedades essenciais do fenômeno social que chamamos direito. Para Hart, “assim como para vários outros filósofos, não há diferença entre a explicação de conceitos e a natureza das coisas das quais eles são conceitos” (RAZ, 2007, p. 2). Ainda que Raz considere a falta desta distinção um erro de Hart, tal explicação deve servir para lançar uma luz no tipo de teoria buscada por este autor e no engano cometido pela ferroada dworkiniana.

Quando Hart explica sua famosa teoria de que sistemas jurídicos são formados pela combinação entre regras primárias e secundárias, ele toma o cuidado de especificar que nem sempre que a palavra “direito” for usada apropriadamente, tal combinação deve ser encontrada, pois seria claro que nem todos os casos onde tal palavra é apropriadamente utilizada se conformariam com essa uniformidade (HART, 2012, pp. 117-120). Dessa afirmação podemos extrair que (1) Hart não está preocupado em fornecer regras para o uso de palavras e (2) que não é possível possuir um sistema uniforme para a aplicação de uma palavra (ENDICOTT, 2001, p. 42). Seu compromisso, como explicitado, é com a natureza dos sistemas jurídicos e com a exposição de seus elementos essenciais.

Com essa breve exposição, torna-se bastante claro o motivo da resposta de Hart em seu *Pós-Escrito* ter sido tão breve, afirmando que “na verdade, não há nada em meu livro, ou em qualquer outro de meus textos, que autorize tal descrição [semântica] de minha teoria” (HART, 2012, pp. 317-318), e o mistério causado pelo ataque de Dworkin deve ser afastado, pois, de fato, não há nada na teoria de Hart que justifique que se fale na impossibilidade de prever desacordos teóricos sobre a aplicação do direito. Tais desacordos são plenamente possíveis quando queremos descobrir se há negligência num caso específico, por exemplo. O desacordo surge da dificuldade criada pelas proposições jurídicas, aquelas que tentam capturar o *que é a lei* no caso específico e não têm relação direta com o objetivo de Hart que é o de dizer o *que é o direito* de forma geral. O projeto hartiano está preocupado em identificar o que são os elementos formadores de um sistema jurídico e não em definir – ou mesmo identificar – critérios jurídicos semânticos incontroversos, o que Hart mesmo afirma não ser possível.

## 2.6 O DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE

O direito como integridade nega que manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 1999, p. 271)

O direito, como demonstrado no projeto jurisdicional de R. Dworkin, é um conceito interpretativo, assim como a cortesia. Sendo um conceito desse tipo, sua opinião é a de que o projeto positivista sobre a natureza convencionalista do direito falha, por se oferecer como um caminho pós-interpretativo, mas que não oferece um programa de interpretação, como seria necessário para uma teoria do direito obter sucesso (DWORKIN, 1999, p. 272). O caminho oferecido por Dworkin é o do direito enquanto integridade e é em sua enigmática afirmação de que os juízes tanto descobrem o direito, quanto o inventam, assim como não fazem nenhuma dessas coisas, que começamos essa investigação.

Uma primeira afirmação que pode lançar alguma luz em tal afirmação é a de que o autor acredita que os casos que se apresentam aos juízes é essencialmente interpretativo – e não contingentemente, como nos faria crer a tese da discricionariedade. O direito compreendido enquanto integridade, portanto, seria “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de interpretação” (DWORKIN, 1999, p. 273).

Vimos que segundo Dworkin, consideradas todas as coisas, podemos encontrar uma resposta correta para os casos jurídicos, uma resposta que passe no teste de coerência e que se apoie na melhor justificação moral para o caso em mãos. Para isso, não devemos apenas olhar para o passado, para a forma como foram constituídas nossas leis, pois não se pretende recuperar os ideais políticos do passado, mas:

pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 1999, p. 273)

Nesse projeto dworkiniano fica a dúvida se ainda estamos no campo descritivo da teoria do direito ou se entramos em seu campo prescritivo, onde a proposta afirmação complexa seria na verdade uma afirmação mística. Ainda assim, por hora, a citação nos serve para a exposição da integridade e dela extraímos que o direito é uma prática interpretativa no sentido de que o juiz é aquele que identifica o princípio (político-moral) que é coerente com o corpo de leis em uma determinada sociedade e que o justifica, oferecendo “uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 1999, p. 274).

Dessa forma, a integridade retoma a ideia de resposta correta, assim como a comparação entre direito e literatura, no argumento já apresentado de que não há sentido se falar em criação de novo direito, quando o juiz está a todo tempo interpretando coerentemente uma obra que lhe é anterior – argumento que busquei afastar tanto pela incompreensão do significado de *criação*, quanto pela possibilidade de conflito entre princípios.

Com o objetivo de não cometer nenhuma injustiça numa exposição incompleta ou incoerente do autor – algo demasiado comum na teoria do direito, nos casos de discordância teórica – demonstraremos como Dworkin especifica etapas do processo interpretativo praticado pelo judiciário e o tipo de concepção a partir da qual o autor acredita que o direito deve ser compreendido pelo teórico do direito.

### 2.6.1 Etapas interpretativas

Dworkin busca indicar de que forma se estabelecem as etapas da interpretação normativa. Haveria num primeiro momento uma etapa “pré-interpretativa” (entre aspas pois o autor defende que algum tipo de interpretação sempre será necessário em qualquer análise), que seria o momento de identificação das regras, padrões ou

paradigmas que fornecem o conteúdo experimental da prática. Num segundo momento, assume-se uma etapa interpretativa, na qual o intérprete se baseia numa justificativa geral para os principais elementos de uma prática identificada na primeira etapa. Esta etapa envolve uma prática argumentativa, onde a justificativa deve adequar-se o suficiente com a prática analisada para que esteja de fato interpretando, e não inventando uma nova prática.

A última etapa é a etapa pós-interpretativa, que possui um caráter reformador, se possam prescrever reformas sob a perspectiva de que uma regra pode estar errada de acordo com a justificativa da segunda etapa. Assim, não há espaço para uma visão de lugar nenhum, para um observador puramente externo, como pretendiam os fisicalistas. Mas não há também um axioma transcendental que justifique a argumentação da etapa interpretativa:

A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar a melhor imagem possível àquilo que é interpretado. Recorro mais uma vez a Gadamar, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como reconhecendo os constrangimentos da história ao mesmo tempo que luta contra eles. (DWORKIN apud MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 232)

## 2.6.2 Apertando os nós: uma nova conceitografia

Macedo Júnior ainda demonstra como Dworkin esforçou-se para erradicar as confusões sobre sua teoria, que acreditou serem confusões gramaticais acerca do conceito de direito. Aqui, o autor faz uma distinção importante entre uma concepção sociológica e uma concepção doutrinal do direito. A primeira usa a palavra Direito para designar um tipo particular de estrutura social e nos serviria para responder perguntas do tipo: quando surgiu o direito numa sociedade primitiva?

A concepção doutrinal, por outro lado, busca identificar as regras e contextualizá-las com o jogo específico de que se trata, reconhecendo se existem ou não princípios morais em seu plano de fundo. Aqui entra em jogo o conceito que se tem de Direito. Dworkin propõe que ao decidir sobre a aplicação de uma regra, envolvem-se avaliações morais sobre quão justa seria a regra – de acordo com uma

interpretação contextualizada das regras. Essa visão é particularmente importante, pois juízes tomam decisões políticas, nas quais devem argumentar construtivamente sobre a aplicabilidade da regra de acordo com os princípios morais que a norteiam e considerar se esses princípios existem ou não. (MACEDO JÚNIOR, 2014, pp. 241-251)

Dworkin também demonstra a confusão que uma convenção *aspiracional* causa na teoria do direito. Essa convenção refere-se à legalidade, ao império do direito. Para alguns ela deveria ter um caráter mais substantivo, de forma que os operadores deveriam atuar exatamente como prescrito pela legalidade. Mais uma vez, aqui, demonstra como esse conceito depende de como entendemos o próprio direito. Para Dworkin a resposta correta seria a de que o correto domínio da legalidade envolve obrigatoriamente a interpretação das regras a partir dos princípios que as guiam.

Essas distinções podem alterar nossa concepção sobre a existência ou não do direito. Se for adotada uma concepção sociológica, parece claro que o direito nazista seria uma espécie de direito. Por uma concepção doutrinal, como defendida por Dworkin, devemos considerar o conceito de Direito que temos e mãos, no caso, um conceito interpretativo de direito, segundo o qual concluiríamos que normas discriminatórias não são normas de direito, pois não passam ao teste da justificação moral. (MACEDO JÚNIOR, 2014, pp. 251-261)

Dworkin defenderá que se fale de uma concepção doutrinal e interpretativa como formas mais adequadas de estudar o direito. Para isso, primeiramente devemos identificar os valores mais adequados ao direito. Essa identificação virá da concepção aspiracional: o estudo da legalidade permite interpretar os valores que se aplicam ao estudo do direito. Nesse sentido, as concepções aspiracionais e doutrinárias convergem e se interconectam.

O importante nessas concepções é perceber como todas estão diretamente influenciadas pelo conceito que se tem do direito (estágio semântico), e como elas podem variar a depender do autor. Dworkin mesmo afirma que outros teóricos podem compartilhar sua visão de que o Direito no estágio doutrinal seja um conceito interpretativo e ainda assim ter visões muito diferentes dos valores a ser capturados numa concepção aspiracional. (MACEDO JÚNIOR, 2014, pp. 261-264)

Este é um estágio teórico-jurídico no qual se busca chegar a um conceito de direito. A partir das ideias de Dworkin de um conceito interpretativo, podemos concluir que regras exigem a interpretação moral para sua justificação. Um positivista como Scott J. Shapiro, porém, poderia discordar, afirmando que o conceito *aspiracional* do direito não seria o de justificar moralmente a ordem coercitiva, mas de auxiliar os indivíduos em matérias de planejamento de suas práticas sociais (SHAPIRO, 2011, pp. 118-127). A definição dessa função da legalidade é o que se entende por estágio teórico-jurídico. Note-se que ela se dá após um primeiro estágio, que o estágio semântico, onde se define o que se entende por direito.

Um próximo estágio seria o estágio doutrinal. Também influenciado pela semântica de conceito, este estágio busca definir a verdade proposicional na aplicação de uma regra. Para Dworkin, é verdade que uma regra se aplica quando está de acordo com a função do direito e com os princípios que eles determinam.

Num último momento Dworkin analisa o estágio da decisão jurídica, que se refere a forma como deve agir o juiz ao decidir o caso concreto, ou seja, é o plano que discute como as autoridades devem agir ao aplicar o direito. Por esse motivo, é um estágio político-moral. Que fique claro que as conclusões que teremos do que é correto nesse estágio dependerão de como entendemos os estágios anteriores.

O que Dworkin busca mostrar, essencialmente, é que o Direito enquanto prática social dependerá de como entendemos cada um desses estágios, concluindo que sua teoria é diferente no sentido de que:

A diferença não é apenas entre teorias que incluem e aquelas que excluem a moralidade, mas entre teorias que introduzem a moralidade em estágios diferentes da análise, com diferentes consequências para o juízo político final no qual uma teoria do direito completa se conclui. (DWORKIN apud MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 276)

### 3 JOSEPH RAZ E A TESE DAS FONTES

Joseph Raz é um dos pensadores mais influentes da teoria do direito contemporânea. Sua visão sobre a autoridade do direito e sua tese das fontes influenciaram toda a filosofia jurídica e estiveram no centro dos debates sobre a relação entre direito e moral, influenciando, principalmente, toda a tradição do positivismo jurídico exclusivo – ao menos em língua inglesa, mas não somente – de autores como Andrei Marmor e Scott J. Shapiro.

Quando falamos de teoria do direito em Raz, devemos ter em mente uma teoria restrita que se refere a explicação da *natureza do direito* (RAZ, 2007, p. 1). Assim considerada, duas exigências devem ser atendidas para que o projeto obtenha sucesso: “primeiro, deve consistir de proposições sobre o direito que sejam necessariamente verdade, e, em segundo lugar, deve explicar o que o direito é”<sup>11</sup> (RAZ, 2007, p. 1).

Neste capítulo demonstraremos os elementos necessários para a compreensão da natureza do direito na teoria raziana. Começaremos por uma exposição detalhada do argumento de autoridade avançado por Raz, passando por tópicos como a concepção de autoridade como serviço e tese das fontes – elementos centrais na obra do autor. Aproveitaremos este espaço também para demonstrar a rejeição que este autor faz do interpretativismo de Ronald Dworkin, a partir de sua tese dos limites do direito. Este capítulo se apresentará numa estrutura mais expositiva do que o anterior e sua crítica será feita no próximo capítulo.

#### 3.1 A AUTORIDADE DO DIREITO

Imagine que duas pessoas precisam resolver uma disputa e decidem buscar o auxílio de um árbitro. Para chegar a uma conclusão, o árbitro ouve as razões oferecidas pelas partes e às incorpora como razões para a sua decisão. Após considerar os argumentos o árbitro emite seu julgamento, que as partes devem

---

<sup>11</sup> Tradução livre de: “First, it consists of propositions about the law which are necessarily true, and, second, they explain what the law is.”



cumprir. E devem cumprir, pois as razões para ação das partes, que justificaram a demanda, não podem mais ser utilizadas para justificar suas ações após o julgamento. A decisão do árbitro representa uma razão excludente, que substitui todas as outras razões.

Ainda assim, a palavra do árbitro não seria absoluta. Por motivos como suborno ou aparecimento de nova evidência, a decisão do árbitro pode ser justificadamente desobedecida. Porém, tal desobediência deve guiar-se por razões externas ao litígio em questão. Como dito: as razões utilizadas pelas partes ao dar início a demanda encontram-se agora inutilizáveis: a decisão, enquanto razão excludente, substitui todas as razões anteriores. As partes, portanto, entregam suas razões ao árbitro e abdicam de seu direito de utilizá-las novamente:

Como o árbitro deve decidir com base em certas razões, os litigantes estão prevenidos de utilizá-las depois. Se eles não rejeitarem tais razões como bases possíveis para sua ação, então eles ignoram o próprio ponto e propósito da arbitragem. A única maneira correta de compreender a autoridade do árbitro é tratando-a como uma razão para ação que substitui as razões sob as quais ele fundamentou sua decisão<sup>12</sup> (RAZ, 1985, p. 297)

Deve ficar claro que os litigantes não ficam impedidos de questionar a decisão do árbitro fundamentadamente pelas suas razões já apresentadas – ou mesmo desobedecer a decisão justificadamente, como mencionado. Apenas aponta-se o fato de que é a ação dos indivíduos – o resultado da decisão no mundo – que fica limitada a razão excludente: “razões que poderiam ser utilizadas para justificar a ação antes da decisão não podem mais ser utilizadas após”<sup>13</sup> (RAZ, 1985, p. 298).

O exemplo da arbitragem aqui utilizado, serve para ilustrar alguns aspectos da autoridade. No caso, o árbitro é aquele que possui autoridade sobre os litigantes. Nesse sentido, fica claro que autoridades emitem razões relacionadas a identidade, de forma que as partes devem abandonar suas razões para ação e guiar seu

---

<sup>12</sup> Tradução livre de: “Because the arbitrator is meant to decide on the basis of certain reasons the disputants are excluded from later relying on them. They handed over to him the task of evaluating those reasons. If they do not then reject those reasons as possible bases for their own action they defeat the very point and purpose of the arbitration. The only proper way to acknowledge the arbitrator’s authority is to take it to be a reason for action which replaces the reasons on the basis of which he was meant to decide.”

<sup>13</sup> Tradução livre de: “reasons the could have been relied upon to justify action before his decision cannot be relied upon once the decision is given”

comportamento pela decisão do árbitro, pois foi o árbitro que forneceu o julgamento (assim como no exemplo dos leiteiros na Califórnia: “é a lei!”). Isso não significa que toda razão relacionada a identidade seja emitida por uma autoridade. Se peço para um amigo me ajudar a mover um móvel, espero que ele assim o faça porque fui eu quem pedi, ainda que não possua sobre ele nenhuma autoridade. A razão operativa para meu amigo me ajudar é que ele é meu amigo. Quando tratamos de autoridades, porém, a razão operativa para  $\varphi$  é que elas advêm de uma autoridade.

Além disso, constata-se que o árbitro emite razões excludentes – ou protegidas – para a ação e esta é uma característica essencial de uma autoridade. Como bem explica, as diretivas de uma pessoa ou instituição que possui autoridade legítima, são razões para ação. Ainda assim, meramente conferir essas razões não configura uma autoridade, pois:

A afirmação de qualquer um pode ser uma razão para acreditar, e o pedido de qualquer um pode ser uma razão para ação. O que distingue as diretivas de autoridade é o seu status imperioso. Alguém pode ser tentado a dizer que elas são marcadas por sua *autoritariedade*.<sup>14</sup> (RAZ, 1985, p. 297)

Por esse motivo é que oferecer razões excludentes está na essência de uma diretiva de autoridade. Porém, como veremos, apenas autoridades legítimas emitem razões desse tipo e, como alega Joseph Raz, esse não é o caso do direito. No próximo tópico trataremos da natureza da autoridade jurídica – distinguindo entre autoridade legítima e *de facto* – e a seguir das consequências para a natureza do direito.

### 3.1.1 Autoridade *de facto*: a Tese da Autoridade Alegada

Como ficou demonstrado, Raz afirma que apenas autoridades legítimas emitem razões excludentes. Autoridades legítimas, para existir, devem ter suas diretivas cumpridas de forma voluntária por aqueles sujeitos a ela, pois a ideia por trás desse tipo de autoridade é normativa. Há aqui, portanto, uma espécie de legitimidade moral:

---

<sup>14</sup> Tradução livre de: “anyone’s sincere assertion can be a reason for belief, and anyone’s request can be a reason for action. What distinguishes authoritative directives is their special peremptory status. One is tempted to say that they are marked by their *authoritativeness*”

Para Raz, apenas autoridades (práticas) legítimas são capazes de fornecer razões protegidas para a ação a terceiros. O cerne da ideia de autoridade legítima é a combinação entre a capacidade de exercer um poder e o direito de fazê-lo. Nesse sentido uma relação de autoridade legítima requer “alguma forma de apelo para o cumprimento voluntário (*appeal for compliance*) por parte da(s) pessoa(s) sujeitas à autoridade”. Isso somente é possível se essa relação atender a uma série de condições morais. (GLEZER, 2014, p. 34)

Assim, uma legitimidade desse tipo requer que as pessoas ajam em conformidade com as diretivas por serem moralmente melhores do que outras razões morais independentes que possam ser consideradas. É claro, porém, que o direito aceita conformidade fundada em outros aspectos, como conveniência ou prudência. A diretiva jurídica pode não ser moralmente a mais adequada, mas pode ser acatada por comodidade. Dessa forma, não podemos qualificar o direito como detentor de autoridade legítima. Isso seria uma mera possibilidade, uma característica que o direito poderia possuir, mas apenas de forma contingente (RAZ, 2009, p. 29-31). De que tipo de autoridade falamos então quando tratamos do direito? Raz explica que:

Autoridade em geral pode ser dividida em legítima e *de facto*. Esta última alega ser legítima ou acredita-se que é, e é efetiva em impor sua vontade naqueles sob os quais reivindica autoridade, talvez porque sua alegação de legitimidade seja reconhecida por muitos de seus sujeitos. Mas ela não possui necessariamente autoridade legítima. Autoridade legítima é prática ou teórica (ou ambas). As diretivas de uma pessoa ou instituição com autoridade prática são razões para ação de seus sujeitos, enquanto o conselho de uma autoridade teórica é uma *razão para acreditar* para aqueles sob os quais uma pessoa ou instituição possui autoridade<sup>15</sup> (RAZ, 1985, p. 296)

Autoridade *de facto* é portanto uma relação fictícia. Mesmo na ausência dos requisitos morais que compõe uma autoridade legítima, as diretivas de uma autoridade efetiva são apresentadas aos indivíduos sob sua influência como se

---

<sup>15</sup> Tradução livre de: “Authority in general can be divided into legitimate and de facto authority. The latter either claims to be legitimate or is believed to be so, and is effective in imposing its will on many over whom it claims authority, perhaps because its claim to legitimacy is recognized by many of its subjects. But it does not necessarily possess legitimacy. Legitimate authority is either practical or theoretical (or both). The directives of a person or institution with practical authority are reasons for action for their subjects, whereas the advice of a theoretical authority is a reason for belief for those regarding whom that person or institution has authority.”

possuísssem tais requisitos e como se fossem razões excludentes para ação. Em termos gerais, essa é a Tese da Autoridade Alegada de Joseph Raz. O autor assume que todo sistema jurídico possui necessariamente autoridade *de facto*, ou seja, o tipo de autoridade que mesmo sem ser legítima, afirma possuir ou é pensada como possuindo legitimidade. Dessa forma, uma pretensão de autoridade é parte da própria natureza do direito e isso possui implicações em toda a estrutura jurídica.

Um Sistema jurídico pode não possuir autoridade legítima. Se ele não possui os atributos morais requeridos para atribuí-lo de autoridade legítima, então ele não a possui. Mas ele deve possuir todas as outras características de autoridade, ou seria estranho afirmar que ele alega autoridade. Para alegar autoridade ele deve ser capaz de possuí-la, deve ser um sistema do tipo que é capaz, em princípio, de possuir as propriedades morais requeridas da autoridade.<sup>16</sup> (RAZ, 1985, p. 300)

Sendo a autoridade *de facto* uma ficção, Raz argumenta que a sua existência, ainda assim deve pressupor a noção de autoridade legítima. Não basta que se imponha na base da força: as pessoas devem seguir suas diretivas pois aceitam a existência de uma dada autoridade: “há uma diferença importante entre, por exemplo, o uso de força bruta para impor sua vontade e o mesmo feito com uma alegação de que possui direito. Apenas o último pode ser qualificado como uma autoridade efetiva ou *de facto*”.<sup>17</sup> (RAZ, 2009, p. 9)

A frente analisaremos as consequências da Tese da Autoridade Alegada na natureza do direito. Isso nos permitirá enfrentar as principais questões que se impõe neste trabalho, sobre as diferentes visões sobre a relação entre direito e moral. Por hora devemos ter em mente o tipo de pensamento inovador trazido por Joseph Raz para a filosofia jurídica. Se a tese aqui apresentada estiver correta, então a essência do direito está na sua autoridade alegada: no fato de que possui autoridade *de facto*.

---

<sup>16</sup> Tradução livre de: “A legal system may lack legitimate authority. If it lacks the moral attributes required to endow it with legitimate authority then it has none. But it must possess all the other features of authority, or else it would be odd to say that it claims authority. To claim authority it must be capable of having it, it must be a system of a kind which is capable in principle of possessing the requisite moral properties of authority.”

<sup>17</sup> Tradução livre de: “Having argued that the notion of legitimate authority does no presuppose that of effective authority, it may be worth pointing out that the reverse is not true. The notion of legitimate authority is presupposed by that of effective authority. A person needs more than power (as influence) to have *de facto* authority. He must either claim that he has legitimate authority or be held by others to have legitimate authority. There is an important difference, for example, between the brute use of force to get one’s way and the same done with a claim of right. Only the latter can qualify as an effective or *de facto* authority.”

Isso possui efeitos profundos na compreensão da natureza da norma jurídica e na normatividade do direito. Para compreender as consequências da tese da autoridade alegada, como já vimos, precisamos primeiramente ter uma noção geral do funcionamento básico de uma autoridade legítima. Para isso nos ocuparemos agora da Concepção Mediadora da Autoridade.

### 3.1.2 Elementos da Autoridade Legítima: Concepção da Autoridade como Serviço

Como foi demonstrado a partir da Tese da Autoridade Alegada, o direito, por exemplo, afirma que possui o direito de emitir diretivas que devem ser cumpridas pelos indivíduos daquela determinada jurisdição. Segundo Raz, dessa forma, o conceito de autoridade parece ser um paradoxo:

Os paradoxos da autoridade podem assumir diferentes formas, mas todos eles referem-se a alegada incompatibilidade da autoridade com a razão ou a autonomia. Ser sujeito a autoridade, argumenta-se, é incompatível com a razão, pois a razão exige que alguém aja no equilíbrio de razões das quais se está consciente. É da natureza da autoridade requerer submissão mesmo quando alguém pensa que o que é requerido é contrário a razão. Assim, submissão a autoridade é irracional.<sup>18</sup> (RAZ, 2009, p. 3)

Além de irracional, submissão a autoridade parece ser veementemente imoral, já que toda questão prática envolve considerações morais, que a diretiva de autoridade exige que seja ignorada. Ainda que existam razões para agir em contrário, elas devem ser abandonadas. Tal exigência de obediência parece conflitar com a noção de razão e por isso parece nos fazer retornar a ideia de “comandos” como idealizada por John Austin (AUSTIN, 1954, p. 22) – ideia rejeitada pela noção de razões para ação de Raz. Resolver esse paradoxo representou grande parte dos esforços da obra de Raz a partir do desenvolvimento de sua tese da Concepção da

---

<sup>18</sup> Tradução livre de: “The paradoxes of authority can assume different forms, but all of them concern the alleged incompatibility of authority with reason or autonomy. To be subjected to authority, it is argued, is incompatible with reason, for reason requires that one should always act on the balance of reasons of which one is aware. It is of the nature of authority that it requires submission even when one thinks that what is required is against reason. Therefore submission to authority is irrational.”

Autoridade como Serviço (ou Concepção Mediadora da Autoridade), que pode ser encontrada ao longo de diversos dos seus escritos.

É acerca da Concepção de Autoridade como Serviço que Raz concentrou seus maiores esforços de elucidação e reformulação durante os seus anos de produção, de tal modo que seus elementos são apresentados de forma distinta ao longo de sua obra, mantendo, porém, um mesmo *insight*: quando a autoridade fornece ao sujeito uma diretriz a respeito de *o que deve ser feito* em dadas circunstâncias, o enunciado funciona como um “mecanismo para aliviar esforços” (*labour saving devices*), ou seja, como um mecanismo para saber de antemão como agir. (GLEZER, 2014, p. 40)

Para compreender a função de tal concepção avançada por Raz, em primeiro lugar, devemos compreender que o autor busca apresentar a autoridade num sentido não-relativizado. Compreender que uma pessoa ou instituição possui autoridade de acordo com algum conjunto de regras não serve para uma compreensão profunda da autoridade. Nesse caso, tudo que se diz é quando uma pessoa possui autoridade. Esse não é o objetivo de Raz. Deve-se perguntar: o que significa ter autoridade? Raz explica que autoridade é um conceito prático e que uma inferência do tipo que afirma que alguém possui autoridade de acordo com um conjunto de regras não teria nenhuma relevância.

Explicar o que significa ter autoridade seria explicar as características básicas assumidas por uma pessoa ou instituição que detenham poder de emitir razões excludentes as outras:

Autoridade é um conceito prático. Isto significa que questões de quem possui autoridade sobre quem são questões práticas; elas apoiam-se no que alguém deve fazer. Em outras palavras, afirmações de que alguma pessoa possui autoridade podem servir como premissas em inferências práticas. A explicação da autoridade deve explicar a importância prática do conceito. Deve explicar como é capaz de figurar em inferências práticas.<sup>19</sup> (RAZ, 2009, p. 10)

---

<sup>19</sup> Tradução livre de: Authority is a practical concept. This means that questions of who has authority over whom are practical questions; they bear on what one ought to do. In other words statements that some person have authority may serve as premises in practical inferences. The explanation of authority must explain the practical import of the concept. It must explain how it is capable of figuring in practical inferences.

A partir desse argumento, fica claro que não basta dizer – como fez uma grande parte da tradição da teoria do direito – que alguém possui autoridade porque lhe foi conferida a partir de um conjunto de regras. É necessário que se utilize o caso relativizado – em que um conjunto de regras confere autoridade para alguém – para chegar a uma visão panorâmica do que significa ter autoridade – uma noção não-relativizada (RAZ, 2009, p. 11). Esta visão, conforme foi mencionado, é aquilo que Raz chama de Concepção da Autoridade como Serviço (*Service Conception of Authority*). O autor enuncia duas teses fundamentais dessa concepção: (1) a tese da justificação normal e (2) a tese da dependência, que culminam na (3) tese da preempção (*preemption thesis*). (RAZ, 1985, p. 300)

A (1) tese da justificação normal (*normal justification thesis*), é uma das principais ideias de Raz. Ela afirma que uma autoridade é legítima quando fornece um serviço que torna mais comum que um sujeito aja como deve agir – e deve é a palavra-chave aqui – se seguir a instrução da autoridade, ao invés de agir por si mesma (MARMOR, 2011, p. 64). A tese como pensada por Raz enuncia-se da seguinte forma:

A maneira normal e primária de estabelecer que uma pessoa deveria ser compreendida como possuindo autoridade sobre outra pessoa envolve demonstrar que o sujeito alegado normalmente agirá de acordo com as razões que se aplicam a ele de forma mais eficaz (...) se ele aceitar as diretivas da autoridade alegada como vinculantes e tentar segui-las, do que se ele tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente.<sup>20</sup> (RAZ, 1985, p. 300)

Ainda que pareça simples, a tese gerou alguma confusão entre os filósofos do direito. Muitos cogitaram que Raz estaria propondo nela uma condição exaustiva e suficiente para a existência de uma autoridade legítima. Andrei Marmor propõe que a tese de Raz deixa pouco claro em que casos as razões que se aplicam ao sujeito são meramente relacionadas a identidade, como no conselho de um *expert*, e em que casos as razões oferecidas não são apenas relacionadas a identidade, mas também excludentes, ou seja, criadoras de um dever. Sob esse argumento, Marmor retorna

---

<sup>20</sup> Tradução livre de: “The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly.”

para o paradoxo da autoridade afirmando que pareceria muito mais plausível sustentar que ninguém detém autoridade legítima, pois duvidaria que o poder de dizer aos outros o que devem fazer seria algo possível de adquirir por direito (MARMOR, 2011, p. 64-66). Este autor conclui então que “a ideia básica da tese da justificação normal, forma pelo menos uma condição necessária – porém, talvez, insuficiente – para a legitimidade de uma autoridade prática”<sup>21</sup> (MARMOR, 2011, p. 66).

Este último apontamento de Marmor está correto, de acordo com a teoria de Raz, mas é apresentado como uma má compreensão da tese da justificação normal. Ainda que se possa concordar com Marmor sobre a impossibilidade de uma autoridade legítima, seu entendimento da tese em questão como suficiente para identificar uma autoridade na teoria raziana está incorreta. Esta tese apenas demonstra que a autoridade detém *expertise* sobre o que o sujeito deve fazer e “conhecimento e *expertise* não dão a ninguém o direito de governar e interpretam apenas um papel subordinado na justificação de uma autoridade política” (RAZ, 2009, p. 9).

A (2) tese da dependência, por sua vez, afirma que:

Todas as diretivas de autoridade deveriam ser baseadas, entre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos daquelas diretivas e que se aplicam as circunstâncias abrangidas pelas diretivas. Tais razões eu chamarei de razões dependentes.<sup>22</sup> (RAZ, 1985, p. 300)

O elemento importante a ser ressaltado nessa tese é o uso da palavra “deveriam”. Como vemos, esta não é uma tese descritiva da autoridade, mas prescritiva. Como explicamos, uma diretiva de autoridade busca excluir todas as razões dependentes e constituir ela mesma uma razão protegida para a ação. Aqui, Raz explica que uma diretiva desse tipo deve, pelo menos, relacionar-se de forma racional com as razões que pretende tornar dependentes, para constituir qualquer tipo de legitimidade. Ainda, a tese pode despertar a ideia de ser redundante, se deve basear-se nas razões que se aplicam aos sujeitos. Isso não é verdade, pois diretivas

---

<sup>21</sup> Tradução livre de: “as long as we would concede that the service conception of practical authorities, the basic idea of the normal justification thesis, forms at least a necessary – though perhaps not sufficient – condition for the legitimacy of a practical authority.”

<sup>22</sup> Tradução livre de: All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons.



não apenas se baseiam em razões, mas também criam procedimentos específicos para o cumprimento, criam tributos, entre outras coisas que não seriam pensadas ou exigíveis do sujeito sem a diretiva de autoridade. (GLEZER, 2014, p. 44)

A primeira e a segunda tese formam o que Raz chama de Concepção de Autoridade como Serviço. Como se demonstra, a autoridade nesse sentido busca oferecer um serviço para os sujeitos: uma mediação entre eles e as razões. Afirmamos, que essa concepção busca afastar o paradoxo entre autoridade legítima e razão. Raz demonstra que este paradoxo surge pois se considera que as razões para seguir uma autoridade e as razões para agir independentemente não têm nada a ver umas com as outras. Isto seria mentira (RAZ, 2009b, p. 137):

... às vezes é nosso dever, nosso dever moral se você quiser, aceitar autoridade. Às vezes – por exemplo, na cena de um acidente – coordenação, que as circunstâncias requerem reconhecer alguém como estando em comando de uma resgate é essencial se vidas forem ser salvas. Nós devemos nos submeter a autoridade, onde existe alguém capaz de interpretar esse papel. Existem no cenário político casos muito menos dramáticos, mas similares, de situações onde um bem substancial está em jogo, um bem que temos razões morais de garantir para nós mesmos e para os outros, e que podem, nas circunstâncias, ser melhor garantidos pela submissão a uma autoridade coordenadora. Esses casos justificam a desistência de decidir por si mesmo e não demonstram nenhuma ameaça para a autenticidade da vida de alguém ou para a habilidade de alguém de levar uma vida autoconfiante e satisfatória.<sup>23</sup> (RAZ, 2009b, p. 138-139)

Com essa demonstração, Raz pretende afastar a ideia de que submeter-se a uma autoridade seja imoral. Pelo contrário, a função de serviço que a autoridade busca cumprir e a necessidade de que ela se baseie em razões que se aplicam aos sujeitos, tornam moralmente aceitável falar em autoridade legítima. Ainda para explicar melhor essa concepção, e ilustrando ainda mais a dissolução do mencionado

---

<sup>23</sup> Tradução livre de: ... sometimes it is our duty, our moral duty if you like, to accept authority. Sometimes – for example, on the scene of an accident – coordination, which in the circumstances requires recognizing someone as being in charge of the rescue is essential if lives are to be saved. We must yield to the authority, where there is someone capable of playing this role. There are in the political sphere many less dramatic analogues of such situations, where a substantial good is at stake, a good that we have moral reasons to secure for ourselves and for others but that can in the circumstances be best secured by yielding to a coordinating authority. These cases justify giving up deciding for oneself and pose no threat to the authenticity of one's life, or to one's ability to lead a self-reliant and self-fulfilling life.

paradoxo, deve ficar claro que o serviço oferecido pela autoridade funciona como um mecanismo para reduzir esforços: se todos vivêssemos numa sociedade sem diretivas dotadas de autoridade na regulação do trânsito, por exemplo, dificilmente conseguiríamos ter um trânsito seguro agindo de acordo com nossas próprias razões. (GLEZER, 2014, p. 40)

Ao postular que autoridades são legítimas apenas se suas diretivas permitem que seus sujeitos ajam melhor de acordo com a razão, nós vemos a autoridade pelo que é: não uma negação da capacidade das pessoas para ação racional, mas apenas um equipamento, um método, a partir do qual as pessoas podem atingir o objetivo (*telos*) de sua capacidade para ação racional, porém não com seu uso direto.<sup>24</sup> (RAZ, 2009b, P. 140)

Nesse sentido é que a Concepção da Autoridade como Serviço se relaciona com a (3) *preemption thesis*. A autoridade possui uma característica especial ao impor um dever aos seus sujeitos: ela exclui aquelas razões que poderiam levar a conduta adversa da pretendida. Como formulada por Raz, essa tese afirma que “o fato de que uma autoridade requer que se pratique uma ação é uma razão para sua prática que não deve ser adicionada a todas as outras razões relevantes quando se cogita o que fazer, mas que deve substituir algumas delas”<sup>25</sup>. (RAZ, 1985, p. 300)

Voltando ao exemplo das leis de trânsito, Raz explica que tais leis cumprem a função de tornar a direção mais segura e que não temos a opção de questionar a sua força, apesar de podermos questionar sua funcionalidade e pensar em alternativas melhores. Nossa conduta, porém, está restrita ao que obriga a autoridade no caso. Isso é o que Raz quer dizer com o fato de que a autoridade fornece razões preventivas: os sujeitos ficam prevenidos de utilizarem-se de outras razões que não aquela avançada pela autoridade (RAZ, 2009b, p. 141).

Basicamente, essa tese afirma que autoridades legítimas emitem diretivas que fornecem razões excludentes para a ação, como vimos anteriormente no exemplo do caso da arbitragem (RAZ, 1985, p. 297). Essa ideia demonstra a relevância do

---

<sup>24</sup> Tradução livre de: In postulating that authorities are legitimate only if their directives enable their subjects to better conform to reason, we see authority for what it is: not a denial of people's capacity for rational action, but simply one device, one method, through the use of which people can achieve the goal (*telos*) of their capacity for rational action, albeit not through its direct use.

<sup>25</sup> Tradução livre de: “The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them.”

questionamento moral que afirma que aceitar uma autoridade significa entregar nosso julgamento e demonstra que a autoridade, assim como o caso de uma promessa (se prometo  $\phi$ , então devo  $\phi$ ), por exemplo, é mais uma situação do mundo confrontando indivíduos com razões para agir (RAZ, 2009b, p. 142):

Mais uma vez vemos a analogia (assim como a diferença) entre autoridades e promessas. Ambas produzem razões geradas por ações, um fato que dá a ambas seu ar enigmático, e ambas são assim, pois considerações independentes da vontade humana validam tal criação de razões. Assim, seguindo ambas, nós seguimos a razão e assim exercitamos nosso julgamento – apesar de nos dois casos fazê-lo a uma custa – aceitando, através do nosso julgamento, o poder vinculante dos atos (promessas, diretivas) que previnem nossa liberdade de agir por alguma outra razão de fundo.<sup>26</sup> (RAZ, 2009b, p. 142)

Retornando para o contexto jurídico, percebemos que as demandas normativas do direito afirmam que um indivíduo deve  $\phi$  e que deve  $\phi$  porque é a lei. Para poder emitir diretivas desse tipo, é necessário que se cumpram as teses requeridas pela Concepção da Autoridade como Serviço. Como afirmamos anteriormente, é possível que um sistema jurídico falhe em possuir autoridade legítima, mas ele não pode falhar completamente. Para poder cumprir seu papel de autoridade *de facto* e, assim, emitir uma alegação de autoridade legítima, o direito deve estar de acordo com a tese da justificação normal e a tese da dependência (RAZ, 1985, p. 300). Isso revela a função da Concepção da Autoridade como Serviço: ela não explica exhaustivamente as características de uma autoridade legítima, mas demonstra aspectos necessários para a sua existência em termos de relações entre pessoas. Esta concepção articula testes de sucesso para a autoridade. (RAZ, 2009b, p. 154).

Se essa ideia estiver correta, então segue que a natureza de autoridade do direito explica que normas jurídicas são, basicamente, instruções emitidas por alguma pessoa ou instituição para guiar a conduta de outros. Seria possível afirmar que essa visão está incorreta pois existem jurisdições onde o detentor da autoridade, ele

---

<sup>26</sup> Tradução livre de: “Yet again we see the analogy (as well as the difference) between authority and promises. Both yield reasons generated by actions designed to do so, a fact that gives both of them their puzzling air, and both can do so because considerations independent of human will validate such creation of reasons. Therefore, in following both, we follow reason, and thus exercise our judgement—though in both cases we do it at one remove—by accepting, through our judgement, the binding force of acts (promises, directives) that pre-empt our freedom to act for some of the background reasons.”

mesmo, encontra-se limitado por determinadas diretivas – determinadas instruções. Essa objeção estaria correta apenas se considerássemos que autoridades não podem ser auto vinculantes, o que não é verdade. Em certas condições autoridades podem ser auto vinculantes. Constituições em sistemas jurídicos representam muito bem esse exemplo, pois ao serem criadas vinculam a autoridade de seus próprios criadores e ainda controlam a autoridade que for delegada a outras instituições, também as vinculando (MARMOR, 2011, p. 66-69).

Num segundo ponto, a teoria de Raz ainda demonstra em que sentido podemos compreender porque consideramos as diretivas emitidas pelo direito enquanto vinculantes e ainda mais, nos permite compreender de forma mais profunda a diferença entre um dever jurídico e um dever moral. A teorização resolveria um ponto importante da teoria de H. L. A. Hart. Este autor rejeita uma explicação do tipo *per genus et differentiam*. Por isso, Andrei Marmor chama sua teoria de reducionista: pois busca explicar a normatividade do direito em termos de fatos brutos sociais. Dessa forma, quando falamos de uma obrigação jurídica, estamos simplesmente descrevendo uma realidade social complexa e quando falamos de uma obrigação moral, estamos expressando um julgamento sobre como as coisas deveriam ser. A teoria de Hart considera que uma obrigação jurídica pode ser reduzida a fatos sociais, relativos as crenças e atitudes das pessoas, deixando em aberto a questão sobre que tipo de crença as pessoas devem ter para atribuir um dever a uma ordem jurídica (MARMOR, 2011, p. 71). Nesse sentido é que a teoria de Raz se mostra reveladora de uma característica importante do direito: “ela demonstra que a forma como devemos compreender um dever jurídico, ou a forma como o direito é pensado como vinculante – normativamente falando – se dá através da compreensão do papel da lei como uma resolução de autoridade”.<sup>27</sup> (MARMOR, 2011, p. 72)

Nesse sentido é que Marmor propõe que a versão de obrigação jurídica de Hart seja complementada, para que leve em conta o papel da autoridade na definição do tipo de razão para agir que as normas jurídicas oferecem. Em resumo, considerando as duas conclusões aqui demonstradas: normas jurídicas consistem de diretivas excludentes emitidas por autoridades jurídicas. (MARMOR, 2011, P. 72-82)

---

<sup>27</sup> Tradução livre de: The point is that the idea of practical authority gives some structure to the rationality of such beliefs. (...) What it shows is that the way in which we can make sense of a legal ought, or the way in which law is regarded as binding – normatively speaking – is by way of understanding the role of law as an authoritative resolution.

Até agora, deve ficar compreendido que para Raz: (1) o direito é necessariamente uma autoridade *de facto*, (2) sendo uma autoridade legítima apenas de forma contingente; (3) mesmo sendo uma autoridade *de facto*, o direito deve cumprir as exigências da Concepção da Autoridade como Serviço, pois pode falhar em ser uma autoridade legítima, mas não pode falhar completamente; (4) como autoridade *de facto* deve emitir razões excludentes para a ação, de acordo com a *preemptive thesis*. Compreendidas estas ideias, podemos adentrar na questão da moralidade do direito. No próximo tópico trabalharemos com uma exposição da tese das fontes (*sources thesis*), sua relação com a questão da autoridade e a crítica que o autor faz a R. Dworkin e seu projeto jurisprudencial exclusivo.

### 3.2 A TESE DAS FONTES

O debate sobre o positivismo jurídico versou sobre três temas principais: a identificação do direito, seu valor moral e o significado de seus termos chave. Respostas diversas foram oferecidas no interior do positivismo, dificultando o encontro do ponto comum dessa escola de pensamento. A identificação do direito, porém, nos permite encontrar um ponto de convergência e consiste no estudo do que pode ser considerado como detentor de caráter jurídico. Nessa questão o positivismo ofereceu a tese social como resposta e desde então se têm defendido diferentes versões dessa tese. “Em termos gerais a tese social do positivismo diz que o que é ou não é direito é uma questão de fato social (isto é, a variedade de teses sociais defendidas por positivistas é composta de vários refinamentos dessa formulação crua)”. (RAZ, 2009, p. 38)

Sobre os outros dois temas, o valor moral do direito e o significado dos seus termos chave, Raz afirma que as respostas (tese moral e tese semântica, respectivamente) podem ser vistas como consequências da tese das fontes sociais adotada (RAZ, 2009. p. 38). Segundo o autor, a melhor forma de compreender esta tese seria como “uma restrição no tipo de teoria do direito que formaria uma teoria aceitável – mais especificamente é uma tese sobre algumas propriedades gerais de qualquer teste aceitável para a existência e identidade de sistemas jurídicos” (RAZ, 2009, p. 39).

Diferentes explicações foram oferecidas para justificar a tese social: que ela reflete corretamente o significado de direito, que ela claramente separa a descrição do direito de sua avaliação, que ela elimina os preconceitos do investigador. Ainda que tais afirmações sejam verdadeiras, elas devem ser vistas como consequências da tese social e não como justificações de sua importância. De acordo com Raz, a justificação da tese social encontra-se no caráter do direito enquanto uma instituição social. Para ver como instituições sociais entram em conformidade com a tese, devemos estabelecer de forma geral os testes para existência e identidade de sistemas jurídicos, que consistem em três elementos básicos: (1) eficácia, (2) caráter institucional e (3) fontes. (RAZ, 2009, p. 42)

A (1) eficácia é um elemento pouco controverso e pode ser resumido na ideia de que um sistema jurídico não é o direito em um determinado local e tempo se não for aceito ou internalizado – na forma de aspecto interno de regras proposta por Hart - por, pelo menos, uma certa parcela da população: “esta condição é feita simplesmente para assegurar que o direito referido seja de fato o direito de uma dada sociedade e não algum sistema defunto ou aspirante”<sup>28</sup> (RAZ, 2009, p. 43). Este é o elemento menos relevante e tende a ser aceito mesmo por jusnaturalistas e pode ser ilustrado com referência à moralidade social. Nenhuma moralidade pode ser considerada como representação da moralidade social de uma população a não ser que seja aceita e internalizada por esta. A eficácia em termos morais funciona da mesma maneira que em termos jurídicos.

A questão do (2) caráter institucional do direito está em uma disputa mais intensa do que o elemento de eficácia em relação ao teste de identidade e existência de um sistema jurídico e segundo Raz pode ser caracterizada da seguinte forma:

Concorda-se amplamente (e muitos jusnaturalistas também) que um sistema de normas não é um sistema jurídico a não ser que forme instituições de julgamento incumbidas de regular disputas que surjam da aplicação de normas do sistema. Também se concorda geralmente que um sistema normativo é um sistema jurídico apenas se alegar possuir autoridade e ocupar uma posição de supremacia na sociedade, ou seja, se clamar o direito de legitimar ou banir todas as outras instituições sociais.<sup>29</sup> (RAZ, 2009, p. 43)

<sup>28</sup> Tradução livre de: “This condition is simply designed to assure that the law referred to is the actual law of a given society and not a defunct system or an aspiring one”.

<sup>29</sup> Tradução livre de: “It is widely agreed (and by many natural lawyers as well) that a system of norms is not a legal system unless it sets up adjudicative institutions charged with regulation disputes arising

O caráter institucional do direito, portanto, enquanto instituição *social*, apresenta-se como um sistema para guiar o comportamento de seus sujeitos e decidir disputas em seu interior no que se refere a aplicação das diretivas que são emitidas como ordens de uma autoridade efetiva. Raz explica que muito mais pode e deve ser dito sobre o caráter institucional do direito, mas que esse não é o trabalho da filosofia jurídica e sim da sociologia. Isso porque o objetivo da filosofia do direito é fornecer os elementos essenciais que constituem sistemas jurídicos, objetivo alcançado por essa descrição do direito enquanto instituição social.

Na junção dos elementos de (1) eficácia e (2) institucionalidade para a identificação do direito, Raz afirma que se forma a tese social fraca. Esta tese estaria incorreta, pois desconsideraria o importante papel interpretado pelas fontes. Nesse sentido é que Raz defende uma tese social forte segundo a qual, somando-se a questão da eficácia e da institucionalidade, “a existência e o conteúdo de toda lei são totalmente determinados por fontes sociais” (RAZ, 2009, p. 46). A diferença entra as duas concepções deve ficar evidente ao considerarmos uma lei determinando que disputas de casos indeterminados pela lei vigente sejam resolvidas com base em considerações morais. De acordo com a tese social fraca, seria possível afirmar que por causa da lei, considerações morais tornaram-se parte do conceito de direito. Por outro lado, de acordo com a tese defendida por Raz, devemos concluir que ainda que a lei referida seja parte do direito, a moralidade a qual ela se refere não é.

Nesse sentido, podemos ter uma primeira compreensão da rejeição que o autor faz do positivismo jurídico inclusivo. A tese social forte é o que Raz famosamente alcunhou de tese das fontes (*sources thesis*) e proíbe duas conclusões possíveis se nos guiarmos pela tese social fraca, quais sejam: (a) que às vezes a identificação de algumas leis se volta para argumentos morais ou (b) que em todos os sistemas jurídicos a identificação de algumas leis se volta para argumentos morais. (RAZ, 2009, p. 47)

A primeira conclusão pode ser atribuída, de forma geral, como veremos no próximo capítulo, a visão defendida pelo positivismo jurídico inclusivo e seria um caso fronteiro de positivismo jurídico, ou mesmo inconsistente, segundo Joseph Raz. O

---

out of the application of the norms of the system. It is also generally agreed that such a normative system is a legal system only if it claims to be authoritative and to occupy a position of supremacy within society, i.e. it claims the right to legitimize or outlaw all other social institutions.”

segundo critério, porém, estaria mais próximo da escola jusnaturalista e afirmaria uma necessidade conceitual de identificar o direito a partir de argumentos morais. Raz claramente rejeita essas duas concepções:

Argumentarei pela verdade da tese social forte (excluindo assim tanto (a) como (b)). Eu renomearei a tese social forte em 'tese das fontes'. Uma 'fonte' é aqui utilizada em seu sentido relativamente técnico. (...) Uma lei possui uma fonte se seu conteúdo e existência puder ser determinado sem a utilização de argumentos morais (mas permitindo argumentos sobre a visão moral e as intenções das pessoas, que são necessários para a interpretação, por exemplo). As fontes da lei são aqueles fatos que a tornam válida e que identificam seu conteúdo. Esse sentido de 'fontes' é mais amplo que aquele das 'fontes formais', que são aqueles que estabelecem a validade de uma lei (um ou mais atos do parlamento em conjunto com um ou mais precedentes podem ser fontes formais de uma regra de direito). 'Fontes' como usada aqui inclui 'fontes interpretativas', nomeadamente todos os materiais interpretativos relevantes. As fontes de uma lei, assim compreendidas nunca são um ato singular (de legislação, por exemplo), mas toda uma gama de fatos de uma variedade de tipos.<sup>30</sup> (RAZ, 2009, p. 48)

A tese das fontes representa a essência da separação entre direito e moral defendida por Raz. Veremos adiante a relação dessa tese com o argumento da autoridade avançado pelo autor e o motivo de sua rejeição tanto do positivismo jurídico inclusivo, quanto do interpretativismo de Dworkin. Ficará demonstrado que na visão de Raz, o uso de argumentos morais transcende a esfera jurídica, gerando importantes efeitos na compreensão dos limites do direito, bem como da diferença entre a criação de novo direito e a mera aplicação das leis postas.

---

<sup>30</sup> Tradução livre de: "I will argue for the truth of the strong social thesis (thus excluding both (a) and (b)). I shall rename the strong social thesis 'the sources thesis'. A 'source' is here used in a somewhat technical sense (which is, however, clearly related to traditional writings on legal sources). A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example). The sources of law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content. This sense of 'source' is wider than that of 'formal sources' which are those establishing the validity of a law (one or more Acts of Parliament together with one or more precedents may be the formal source of one rule of law). 'Source' as used here includes also 'interpretative sources', namely all the relevant interpretative materials. The sources of a law thus understood are never a single act (of legislation, etc.) alone, but a whole range of facts of a variety of kinds."



### 3.3 OS LIMITES DO DIREITO

No capítulo anterior demonstramos a teoria dworkiniana do direito enquanto integridade, segundo a qual o direito nunca seria incompleto, sendo incompleta, na verdade, a visão que o positivista tem do direito. A teoria de Joseph Raz caminha no sentido exatamente oposto, afirmando que o direito nunca é completo e que possui diversas fontes de incompletude. É da natureza do direito, ou seja, é um elemento necessário de sua existência, que existam vácuos jurídicos: ao invés de integridade do direito, temos sim, limites do direito.

Aqui retomaremos os argumentos de autoridade e da tese das fontes para demonstrar a tese dos limites do direito e faremos uma exposição ampla da tese da discricionariedade judicial de acordo com Raz, demonstrando assim o motivo da rejeição que este autor faz do projeto de Ronald Dworkin.

#### 3.3.1 Fontes e autoridade

Na visão raziana, a tese das fontes e o argumento da autoridade geram dois efeitos importantes na identificação do direito que consistem nos seguintes elementos necessários para a formação de uma autoridade vinculante:

Em primeiro lugar, uma diretiva de autoridade pode ser vinculante se for, ou ao menos for apresentada, como a visão de alguém sobre como seus sujeitos devem se comportar. Em segundo lugar, deve ser possível identificar a diretiva como sendo emitida pela autoridade alegada sem a necessidade de confiar em razões ou considerações sobre as quais a diretiva tinha a pretensão de regular.<sup>31</sup> (RAZ, 1985, p. 303).

Ambas as afirmações estão vinculadas com o caráter mediador da autoridade. O primeiro deles não possui efeitos muito profundos na teoria e apenas afirma que se

---

<sup>31</sup> Tradução livre de: First, a directive can be authoritatively binding if it is, or is at least presented as, someone's view of how its subjects ought to behave. Second, it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which the directive purports to adjudicate

uma regra é apresentada como uma prescrição sobre como devem se comportar certos indivíduos em certas situações, então o emissor da diretiva é capaz de possuir autoridade. A segunda afirmação, por outro lado, gera efeitos mais fortes. Para melhor ilustrar este ponto, Raz cita o exemplo de um árbitro que ao decidir um caso informa as partes apenas que “tomou a decisão correta”, e nada mais. Mesmo supondo que exista de fato uma única decisão correta, as partes não teriam a menor ideia de qual foi a decisão: elas não precisariam de um árbitro se concordassem com qual seria essa decisão. Assim, uma decisão deve ser constituída por uma diretiva específica que seja capaz de substituir as questões que a fizeram necessária.

Segundo Raz, as fontes jurídicas – legislação, decisões judiciais e costumes (RAZ, 1985, p. 304) - atendem a ambos os critérios. Algumas fontes podem parecer arbitrárias, mas são sempre capazes de entrar em acordo com a primeira tese, ou seja, com a ideia de que é apresentada como a visão de um legislador ou julgador sobre como devem se comportar os indivíduos em uma determinada situação. Ainda, estão de acordo com a segunda tese. Ao tentar descobrir quanto deve pagar de imposto de renda, um indivíduo não precisa pensar no que é justo, mas apenas conhecer a diretiva emitida pela autoridade responsável e o seu significado.

Este é um ponto importante da teoria raziana e está diretamente relacionada com o critério de exclusividade. Segundo o critério de exclusividade, como visto, as instruções fornecidas por uma autoridade devem constituir razões excludentes para a ação. Ou seja, razões que coloquem em segundo plano as outras razões que um indivíduo poderia ter para agir de uma ou de outra maneira. O argumento de Raz é que a incorporação de critérios morais na identificação do direito impossibilitaria a constituição de uma autoridade prática, de acordo com o critério de exclusividade:

Joseph Raz fez a famosa argumentação de que não faria sentido sustentar que uma diretiva é dotada de autoridade se os sujeitos da autoridade teriam que confiar em considerações morais para determinar qual o conteúdo de tal diretiva. Todo o sentido de ter uma resolução de autoridade é presumir que os sujeitos agem melhor sobre as razões que se aplicam a eles ao seguir a diretiva de autoridade do que quando tentam descobrir (ou agir sobre) essas razões por si mesmos. Se os sujeitos devem empregar os mesmos tipos de razões para descobrir o que é o sentido de uma diretiva que a autoridade deveria empregar quando emitindo sua diretiva, então todo o sentido de possuir uma autoridade pareceria ser perdido. Desse argumento, Raz

concluiu que tanto o positivismo jurídico inclusivo, quanto a teoria jurídica de Dworkin, não poderiam ser verdade, pois ambas falham em perceber que não faz sentido possuir uma autoridade prática se alguém só pode identificar o que a autoridade decreta confiando nos mesmos tipos de razões que a autoridade foi pensada para substituir.<sup>32</sup> (MARMOR, 2011, p. 96)

Considerando esse argumento, uma pergunta ainda se impõe sobre a natureza do direito: como podemos explicar as referências que o direito faz à moral? Como foi demonstrado, normas de fato podem fazer esse tipo de referência, mas isto estaria longe de comprovar uma vinculação necessária entre direito e moral. Para resolver esse problema, Raz propõe que se fale em dois tipos de validade: uma validade enquanto pertencimento e outra validade enquanto aplicabilidade. De acordo com o autor, a moral não é parte do conceito de direito, mesmo que este faça referências a moralidade. Ao fazê-lo, Raz afirma que se cria uma vinculação aparente, a partir da qual é possível perceber que normas morais podem ser juridicamente obrigatórias por possuir uma validade de aplicação, sem ser parte necessária do direito, ou seja, sem possuir validade de pertencimento. Isto demonstra que o direito pode exigir que se busque a resposta em outro sistema normativo. (JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 104)

O ponto central dos argumentos exclusivistas, no que diz respeito a tese da separação, refere-se à identificação do direito. Pelo que se constata, identificar o direito não requer nenhuma referência à moralidade. Em primeiro lugar, a autoridade prática é um fato social independente da moral, ainda que possa estar de acordo ou em desacordo com ela. Em segundo lugar, um positivista nunca falou que normas jurídicas não fazem referências a outros sistemas normativos, como o sistema moral, mas que tais referências não são necessárias na identificação do direito e, por isso, não são condições necessárias de sua natureza.

Sobre esses termos é que Raz faz sua crítica a teoria de Dworkin. Seria possível definir o pensamento deste autor, em termos gerais, em duas ideias básicas.

---

<sup>32</sup> Tradução livre de: Joseph Raz famously argued that it would make no sense to maintain that a directive is authoritative if the subjects of the authority would have to rely on moral considerations in order to determine what the content of the authoritative directive is. The whole point of having an authoritative resolution is that the subjects are presumed to better act on the reasons that apply to them by following the authority's directive than by trying to figure out (or act on) those reasons by themselves. If the subjects have to employ the same kinds of reasons that the authority was meant to rely on when issuing its directive in order to figure out what the directive is, then the whole point of having an authority would seem to be missed. From this argument, Raz concluded that both inclusive legal positivism and Dworkin's legal theory cannot be true, because they both fail to realize that it makes no sense to have a practical authority if one can only identify what the authority decrees by relying on the same kinds of reasons that the authority was meant to replace.

A primeira é a de que todas as decisões dos juízes são baseadas em moralidade política. Isso seria verdade tanto em casos difíceis quanto em casos mais simples de decidir com base nas fontes. Em segundo lugar, Dworkin defende que juízes possuem uma responsabilidade especial de aplicar as leis baseadas em fontes e, nos casos de conflito (*hard cases*), aplicar aqueles *standards* (princípios e políticas) da moralidade política coerentes com o caso nos quais se baseiam tais leis. Ainda que a primeira tese possa estar certa, a segunda tese não está.

Joseph Raz aponta que a teoria de Dworkin contradiz os elementos da Concepção da Autoridade como Serviço. Sob a tese da coerência, acredita-se que é possível que o direito inclua a melhor justificativa da lei, o que pode nunca ter sido pensado ou apoiado por nenhum outro legislador ou juiz. Se isso realmente for assim, de fato seria necessário um Hércules para dizer o que é o direito: o direito seria assim sempre desconhecido. Ainda, nesses termos é violada a tese da justificação normal, pois “a identificação de muito do que é o direito depende, de acordo com a análise de Dworkin, em considerações que são as mesmas que o direito está lá para resolver”<sup>33</sup>. (RAZ, 1985, p. 311)

Pelo que foi visto, Raz demonstra que devemos utilizar a tese das fontes para poder vislumbrar o critério de identidade do direito. Nessa perspectiva, o que é considerado por muitos autores como prova de que o direito e a moral devem ser vinculados, são na verdade meras incompreensões da diferença entre aplicar uma lei e criar uma nova lei. Expondo a defesa raziana dos conceitos de discricionariedade judicial e de regra de reconhecimento demonstraremos os limites do direito apontados pelo autor contra a teoria de Dworkin.

### 3.3.2 Discricionariedade judicial: textura aberta do direito

Ao defender que leis podem fazer referências a outros sistemas normativos, estabelecendo nas fontes a identidade do direito, Raz afirma que há limites nos sistemas jurídicos. Casos indeterminados pela lei vigente, dessa forma, tornam-se inevitáveis. Como vimos, a resposta positivista para esse problema funda-se na ideia

---

<sup>33</sup> Tradução livre de: “the identification of much of the law depends, according to Dworkin’s analysis, on considerations which are the very same considerations which the law is there to settle.”

de discricionariedade judicial. Também demonstramos que Ronald Dworkin faz uma crítica profunda a esta tese afirmando, principalmente, que os aplicadores do direito utilizam princípios da moralidade social como motivos para decidir de uma ou de outra maneira, de forma que a decisão correta para qualquer caso nunca está totalmente a mercê da discricionariedade judicial, mas pode ser encontrada na moralidade social.

Segundo Raz:

O professor Dworkin argumenta que (1) o direito inclui princípios assim como regras. Disso ele conclui que (2) as cortes nunca possuem discricionariedade no sentido forte. Segue, ainda que ele não faça a conclusão nesse ponto, que (3) a tese dos limites do direito está errada. Eu vou argumentar que (3) de fato segue de (2), mas que (2) não segue de (1) e está em qualquer caso errado.<sup>34</sup>

Em linhas gerais, Dworkin argumenta que se as cortes não possuem poder discricionário, então todas as razões que utilizam em suas decisões – nesse caso os princípios morais – são razões jurídicas. Por outro lado, se cortes possuírem poder discricionário, então em determinados casos é possível observar que juízes utilizam padrões (*standards*) extrajurídicos para justificar suas decisões. Esses padrões podem ser de grande variedade, abrangendo inclusive os valores da comunidade e princípios morais.

“O professor Dworkin está primariamente preocupado em argumentar que existem princípios juridicamente vinculantes. Mas isso nunca foi negado por ninguém, muito menos pelos positivistas”<sup>35</sup> (RAZ, 1972, p. 845). Fundado naquilo que Raz chama de tese da coerência, Dworkin defende que o direito é composto por padrões baseados em fontes, assim como da melhor justificação moral desses padrões. Nesse sentido, para este autor a justificação moral seria parte essencial de conceito e da identificação do direito. Se isso for verdade, então de fato não existiriam casos de discricionariedade judicial no sentido forte, ou seja, no sentido de que juízes devem buscar respostas para problemas jurídicos em padrões extrajurídicos. (RAZ, 1985, p. 306)

<sup>34</sup> Tradução livre de: Professor Dworkin argues that (1) the law includes some principles as well as rules. From this he concludes that (2) the courts never have discretion in the strong sense. It follows, though he does not draw the conclusion at this point, that (3) the thesis of the limits of law is wrong. I shall argue that (3) does indeed follow from (2), but that (2) does not follow from (1) and is in any case wrong.

<sup>35</sup> Tradução livre de: “Professor Dworkin is primarily concerned to argue that there are legally binding principles. But this has never been denied by anyone, least of all by the positivists”.

Como demonstramos, porém, a tese das fontes de Raz nega a possibilidade de uma tese da coerência por descumprir a Concepção da Autoridade como Serviço. Além disso, esta última desconsidera certas características fundamentais de sistemas jurídicos:

Por causa da vagueza, da textura aberta e da incompletude de todos os sistemas jurídicos, existem muitas disputas para as quais o sistema não prevê uma resposta correta. Se o sistema requer, em relação a certos casos, como todos os sistemas jurídicos de fato fazem, que cortes não devem recusar-se a decidir uma disputa, mas devem oferecer um julgamento, então elas são requeridas a decidir o caso de acordo com sua própria percepção do que é correto. Desnecessário mencionar que, mesmo nesses casos sua discricionariedade pode ser limitada por princípios jurídicos gerais, mas eles não eliminam o elemento de julgamento pessoal do mérito.<sup>36</sup>

De acordo com essas características, Raz argumenta existirem três fontes claras de discricionariedade, que a tese da coerência ignora. São eles (1) Vagueza; (2) Peso; (3) Leis de Discricionariedade. (1) decorre da vagueza não apenas das leis, mas da própria linguagem – ou em termos mais conhecidos, é o que Hart chama de textura aberta da linguagem e, conseqüentemente, do direito (HART, 2009, p. 161-176). A leitura de regras a partir de princípios pode resolver o problema, mas princípios tendem a ser vagos de forma que essa nem sempre é uma solução; (2), portanto, decorre do peso dos princípios. Ainda que princípios possam limitar ou excluir a possibilidade de discricionariedade, a tendência é exatamente oposta. A definição do peso e a escolha dos melhores resultados é um trabalho altamente discricionário; (3) decorre do fato de que:

a maioria dos sistemas jurídicos contêm leis concedendo discricionariedade às cortes, não apenas em relação ao peso de considerações juridicamente vinculantes, mas também para agir sobre considerações que não são juridicamente vinculantes. Tal discricionariedade pode ser, e normalmente é,

---

<sup>36</sup> Tradução livre de: Because of the vagueness, open texture, and incompleteness of all legal systems there are many disputes for which the system does not provide a correct answer. If the system requires, with respect to some such cases, as all legal systems in fact do, that the courts should not refuse to settle the dispute but should render judgement in it, then they are thereby required to determine the case in accordance with their own perception of what is right. Needless to say, even in such cases their discretion can be limited by general legal principles, but they will not eliminate the element of personal judgement of the merits.

guiada por princípios. Esses princípios, porém, não ditam as considerações a serem levadas em conta, mas meramente o limite do alcance dessas considerações.<sup>37</sup> (RAZ, 1972, p. 846)

É possível distinguir entre princípios de discricionariedade e princípios substantivos, estes estipulando um objetivo ou valor a ser protegido e aqueles atuando no sentido estipular quais objetivos e valores um juiz pode levar em conta no exercício da discricionariedade. O uso de princípios, nesse sentido, longe de afastar a tese da discricionariedade, comprova sua existência. Princípios são usados no exato sentido de guiar a discricionariedade.

Estes argumentos, porém, não resolvem o problema apontado por Dworkin. A grande questão apontada por este autor refere-se as fontes do direito. Dworkin acredita que uma fonte do direito é a moral da comunidade, e afirma que, em alguns casos, princípios morais aceitos como padrões (standards) de uma comunidade podem figurar como boas razões para decidir uma causa. Este seria um ataque direto a tese da separação. Raz argumenta que esse não é o caso.

Princípios jurídicos podem ser promulgados ou revogados por legislaturas ou autoridades governamentais. Podem também tornar-se juridicamente obrigatórios pelos precedentes das cortes, ainda que, nesse caso, possuam uma diferença essencial com a adoção de regras pelo precedente. Princípios, diferentemente de regras, não podem se tornar parte do direito com um único precedente, mas evoluem como o costume no ordenamento jurídico, e tornam-se vinculantes apenas quando adquirem suficiente suporte das autoridades. (RAZ, 1972, p. 848)

Sobre o uso de princípios morais, Raz afirma que a moralidade que Dworkin tem em mente, refere-se às normas morais que foram adotadas como normas sociais em uma sociedade. Nenhum positivista negaria que o Direito faz uso desse tipo de princípio e em nada esse uso enfraquece a tese dos limites do direito. O uso desses princípios é perfeitamente concebível no espaço da tese da discricionariedade. Para enfraquecer esta tese, Dworkin precisaria estabelecer que princípios de cunho social sejam automaticamente vinculantes juridicamente. Como vimos, Dworkin diz que este de fato é o caso, mas essa é uma afirmação enganosa, pois desconsidera a

---

<sup>37</sup> Tradução livre de: "Most legal systems contain laws granting courts discretion, not only as to the weight of legally binding considerations, but also to act on considerations which are not legally binding. Such discretion may be, and usually is, guided by principles. These principles, however, do not dictate the considerations to be taken into account, but merely limit the range of the considerations"

necessidade apontada na teoria raziana de que para possuir caráter jurídico, uma regra deve ser fundada numa fonte social prevista pelo direito. Assim, meramente ser parte da moralidade de uma certa jurisdição não dá caráter jurídico a um princípio. Ele precisa ser incorporado ao direito através de uma fonte adequada, seja por uma prática de precedentes, seja pela promulgação de uma lei que transforme o princípio em jurídico. (RAZ, 1972, p. 849)

Essa fenomenologia do julgar apontada por Dworkin ainda pode ser desconstruída por um argumento muito simples apresentado por Raz. Em muitos sistemas (ou na esmagadora maioria), um juiz tem sua discricionariedade limitada aos valores que não lhe são individuais, que possuem suporte de um segmento da população. Em alguns casos, porém, juízes podem disfarçar seus princípios adotados enquanto pertencentes a algo maior que um mero segmento da população:

Infelizmente, alguns juízes costumam afirmar que os valores que eles reforçam não são meramente valores de alguns, mas incorporam a consciência nacional, representam o consenso nacional, são universalmente reconhecidos, etc. Isto talvez seja retórica inofensiva se compreendido como tal. O professor Dworkin, porém, nos pede para conceder interpretação literal de tais pronunciamentos das cortes. As cortes aplicam o que pensam ser os valores da comunidade. Segue-se que está errado considerar que os juízes agem de acordo com suas próprias crenças, como fazem os legisladores. Eles podem estar errados em suas visões do que são os valores da comunidade, mas se esse é o caso eles estão errados sobre um ponto do direito, pois se eles estão vinculados a aplicar os valores da comunidade, tais valores são parte do direito.<sup>38</sup> (RAZ, 1972, p. 850).

Raz ainda distingue entre dois mitos reforçados por essa interpretação literal da retórica judicial. O mito da moralidade comum (*myth of common morality*), que afirma haver um considerável conjunto de valores morais compartilhados pela

---

<sup>38</sup> Tradução livre de: “Unfortunately, some judges like to claim that the values they endorse are not merely the values of some but embody the national consciousness, represent the national consensus, are universally acknowledged, etc. This is perhaps harmless rhetoric if it is understood as such. Professor Dworkin, however, urges us to give literal interpretation to such pronouncements from the bench. The courts apply what they think are community values. It follows that it is wrong to regard them as acting on their own beliefs as legislators do. They may be wrong in their views of what the values of the community are, but if so they are wrong on a point of law, for since they are bound to apply community values these are part of the law.”



população de uma determinada jurisdição (comunidade), e o mito de que a maioria dos valores gerais oferecem direcionamentos suficientes para conclusões práticas:

Este mito afirma que, como possuímos um desejo geral por prosperidade, progresso, cultura, justiça, e assim por diante, todos nós queremos precisamente as mesmas coisas e apoiamos exatamente os mesmos ideais; e que todas as diferenças entre nós são resultantes de desacordos de fato sobre as políticas mais eficientes para assegurar os objetivos comuns. Em verdade, muitos desacordos sobre objetivos mais específicos e sobre valores menos gerais são desacordos genuinamente gerais, que não podem ser resolvidos ao apelar para as formulações mais gerais de valores que todos nós apoiamos, pois eles carregam diferentes interpretações para diferentes pessoas.<sup>39</sup> (RAZ, 1972, p. 850)

Com o exposto, fica clara a sobrevivência da tese da discricionariedade. Joseph Raz de fato está correto ao apontar o erro da fenomenologia do julgar dworkiniana. Aceitar que princípios morais são parte do direito por serem aplicados pelas cortes seria uma atitude ingênua e que não levaria em consideração os diversos aspectos intrínsecos ao direito como a sua textura aberta ou a sua necessidade de conformar-se com o argumento da autoridade. Ainda assim, os argumentos aqui apresentados precisam de alguma reforma. Como demonstraremos no próximo capítulo, não parece ser uma condição necessária que o direito emita diretivas passíveis de identificação sem nenhuma referência a moral.

### 3.4 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

A obra de Joseph Raz é extremamente vasta e seria inviável buscar esgotar sua teoria neste trabalho. A síntese aqui exposta, porém, demonstra o coração do positivismo jurídico exclusivo, fundado na tese das fontes, que fará oposição tanto a

---

<sup>39</sup> Tradução livre de: "This myth holds that, since we all have a general desire for prosperity, progress, culture, justice, and so on, we all want precisely the same things and support exactly the same ideals; and that all the differences between us result from disagreements of fact about the most efficient policies to secure the common goals. In fact, much disagreement about more specific goals and about less general values is genuine moral disagreement, which cannot be resolved by appeal to the most general value-formulations which we all endorse, for these bear different interpretations for different people."

teoria inclusivista de H. L. A. Hart e seus seguidores, quanto ao interpretativismo de R. Dworkin.

Como vimos, Raz defende que (1) é da natureza do direito constituir uma autoridade *de facto*, que (2) não necessariamente constitui-se em autoridade legítima, por não cumprir os requisitos morais para tal. Porém, (3) ainda que o direito falhe em constituir uma autoridade legítima, não é possível falhar completamente. Certos parâmetros devem ser atendidos para que se constitua uma autoridade jurídica vinculante: estes parâmetros são o que o autor chama de Concepção de Autoridade como Serviço. Uma consequência desta concepção é que (4) o direito deve emitir diretivas de autoridade que constituam razões excludentes para ação, como previsto pela *preemption thesis*.

Da autoridade do direito, assim exposta, seguem consequências para as normas jurídicas. Se autoridades devem emitir razões excludentes para ação (5) então suas diretivas devem poder ser identificadas sem a necessidade de se apoiar nas razões que a autoridade está lá para substituir, ou seja, diretivas não são dotadas de autoridade se seus sujeitos precisam entrar em avaliações morais para descobrir o que devem fazer. No próximo capítulo, defenderei que as teses apresentadas em (1), (2) e (3) de fato estão corretas, mas que delas não seguem as teses (4) e (5), falhando assim a tese das fontes como defendida por Joseph Raz.

#### 4 JULES COLEMAN, WILFRID WALUCHOW E A TESE DA INCORPORAÇÃO

A teoria do direito contemporânea encontra-se em um estado complexo. As diferenças entre seus mais proeminentes autores, desconstruíram as antigas caixas de definições, e transformam a antiga classificação entre positivistas e naturalistas em algo inadequado. Como foi apresentado, de um lado temos o direito enquanto integridade de Ronald Dworkin, escola que afirma que o direito nunca é incompleto e que existe resposta correta inclusive para os casos controversos, flertando assim com o pensamento jusnaturalista, mas aproximando-se muito mais da linha de pensamento introduzida por H. L. A. Hart, fortemente preocupada com os desdobramentos advindos das investigações de Ludwig Wittgenstein. De outro lado, temos positivistas aparentemente altamente tradicionais, como Joseph Raz, cuja teoria exclusivista refere-se apenas a identificação do direito, afirmando que externamente é perfeitamente concebível que o direito possua méritos morais. (WALUCHOW, 1994, p. 1))

Na atual perplexidade dos debates empreendidos entre estes importantes teóricos do direito, aos quais se somam as vozes de autores como John Finnis, defensor contemporâneo do jusnaturalismo, que defende que nunca foi um objetivo dessa escola negar a validade jurídica de leis injustas, e diversos outros positivistas dos mais variados tipos e interpretativistas, seria natural que um estudante ficasse confuso ao adentrar nesse tema. Novas definições são necessárias para as antigas e tradicionais escolas que sempre utilizamos para identificar o tipo de teoria apresentada pelos autores. Um dos objetivos desse trabalho é o de esclarecer uma parte da confusão criada por estes autores, que orbita, principalmente, em torno das complexas teorias sobre a relação entre direito e moral.

No Capítulo 2 foi apresentada a teoria interpretativista de Ronald Dworkin e sua visão do positivismo jurídico de H. L. A. Hart. Também foi apresentada uma defesa prévia da teoria deste autor contra os argumentos dworkinianos, afastando-os, em sua maioria, como uma má compreensão de suas ideias. Neste capítulo, será utilizada a obra de Wilfrid J. Waluchow e Jules Coleman para oferecer uma defesa do pensamento hartiano, posteriormente alcunhado de positivismo jurídico inclusivo. Neste esforço, buscaremos afastar tanto a tese da coerência quanto a tese das fontes,

encontrando nelas, ainda assim, traços importantes da formação de um pensamento que encontra-se a meio caminho entre dois extremos:

Como Mill observou, 'doutrinas conflitantes, ao invés de uma ser verdade e a outra falsa, compartilham a verdade entre elas, e a opinião em desconformidade é necessária para suprir o restante da verdade da qual a doutrina recebida incorpora apenas uma parte'. É a minha crença que em algum lugar entre as visões conflitantes de Raz e Dworkin encontra-se o positivismo jurídico inclusivo, uma teoria do direito viável e esclarecedora.<sup>40</sup> (WALUCHOW, 2009, p. 3)

#### 4.1 MAIS QUE UMA CONTINGÊNCIA

Apesar da antiga, e ainda hoje forte, afirmação de que o direito é uma coisa, seus méritos e deméritos outra coisa, poucos positivistas negariam que em certos aspectos a relação entre direito e moral se dá em caráter mais do que meramente contingente. Mesmo em Raz, existe a possibilidade de uma relação externa entre direito e moral. Como afirma o autor, uma autoridade *de facto* pode, em dadas circunstâncias, cumprir os requisitos morais para ser uma autoridade legítima, ainda que esta não seja uma necessidade.

O direito e a moral social visivelmente estabelecem relações de diversos tipos, que podemos perceber quando consideramos o quanto de suas funções são semelhantes. Se pensarmos, porém, em uma moral natural e absoluta, seria difícil encontrar um ponto de referência a partir do qual se relacionam o direito e a moral. É na análise da moral social, aquela fundada no convencionalismo da sociedade, que tal relação pode ser encontrada. O direito, afinal, não é muito mais do que normas sociais transformadas pelos atos de um congresso ou grupo político em normas jurídicas. O direito, dessa forma, serve como instrumento de aplicação – ou como voz - de aspectos morais e sociais específicos difundidos em uma certa sociedade. Os

---

<sup>40</sup> Tradução livre de: "As Mill observed, 'conflicting doctrines, instead of one being true and the other false, share the truth between them, and the nonconforming opinion is needed to supply the remainder of the truth of which the received doctrine embodies only a part.' It is my belief that somewhere between the conflicting views of Raz and Dworkin lies inclusive legal positivism, a viable and illuminating theory of law."

positivistas, em geral, aceitaram esse argumento jusnaturalista, desde que reformado de acordo com a moral social. H. L. A. Hart faz parte desse grupo de positivistas:

Ele concordou com os jusnaturalistas que em certos aspectos o direito e a moralidade estão conectados mais do que apenas contingencialmente ou coincidentemente. Alguns fatos bastante básicos sobre os seres humanos, em particular nosso quase universal desejo de sobrevivência, em conjunto com certos outros fatos contingentes sobre o ambiente em que nos encontramos, criam uma 'necessidade natural' de que a moralidade e o direito compartilhem certo 'conteúdo mínimo'. Por exemplo, cada um deve incluir 'formas mínimas de proteção de pessoas, propriedade e promessas'. Essas formas mínimas de proteção podem muito bem ser moralmente deficientes em várias instâncias e existe toda razão para pensar que diferentes sistemas jurídicos oferecerão deferentes interpretações do que esse mínimo requer (...). Não há nenhuma necessidade natural de que exista um tipo particular de direito sobre a propriedade, apenas que exista tal direito, de um tipo ou de outro.<sup>41</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 85)

Ao assumir que as proteções possam ser moralmente deficientes, mas que necessariamente o direito ofereceria algum tipo de proteções, deve ficar claro que quando falamos de uma relação mais do que contingente entre direito e moral, o falamos ainda em termos bastante limitados. Existem realidades da vida em sociedade que, aparentemente, sempre apresentam-se como objetos da esfera jurídica, mas a forma como são apropriados e regulados está sempre em aberto e tomará forma a partir de características contingentes como a forma de governo, de sociedade, de moral social da determinada jurisdição, do ambiente, etc. Mesmo assumindo uma relação entre direito e moral dessa forma, nem mesmo o positivismo de Joseph Raz fica prejudicado, pois nada disso fere a noção de que diretivas jurídicas possuem uma natureza excludente – no sentido de que previne as outras razões para

---

<sup>41</sup> Tradução livre de: "He agreed with natural lawyers that in certain respects law and morality are more than only contingently or coincidentally connected. Certain very basic facts about human beings, in particular our almost universal desire for survival, in conjunction with certain other contingent facts about the environment in which we find ourselves, entail a 'natural necessity' that morality and law share a certain 'minimum content'. For example, each must include 'minimum forms of protection for persons, property and promises'. These minimum forms of protection might well be deficient morally in many instances, and there is every reason to think that different legal systems will offer different interpretations of what this minimum requires (...). There is no natural necessity that there be a particular kind of property law, only that there be a property law of some kind or other."

ação – e exclusiva – no sentido de que seu conteúdo pode ser identificado sem referência a padrões morais.

Esse parece ser um ponto comum, ou bastante aceito, pelo positivismo e não é aqui que encontramos a necessidade de adicionar novos qualificadores – exclusivo ou inclusivo – ao termo. Onde então, encontramos o elemento distinto da teoria inclusivista, que se contrapõe a R. Dworkin e J. Raz? Ainda, porque precisamos de uma linha teórica alternativa? Essas perguntas nos ocuparão nas próximas páginas.

## 4.2 O POSITIVISMO BRANDO (*SOFT POSITIVISM*) E A INCORPORAÇÃO DE PRINCÍPIOS MORAIS

Já deve ter ficado claro, que nenhum dos teóricos aqui analisados negaria que a moralidade interpreta algum papel em diferentes momentos do direito, cumprindo funções específicas tanto na argumentação jurídica quanto na prática. O elemento causador de perplexidade refere-se à qual seria esse papel interpretado pela moral em sistemas jurídicos. Uma versão de positivismo surgida desses problemas, alcunhada de positivismo brando (*soft positivism*), pode ser encontrada em H. L. A. Hart em seu pós-escrito ao Conceito de Direito na afirmação de que a regra de reconhecimento é capaz de incorporar critérios de validade jurídica que sejam critérios morais:

Ao atribuir-me uma doutrina de positivismo dos “simples fatos”, Dworkin tratou equivocadamente minha teoria como se não apenas exigisse que a existência e a autoridade da norma de reconhecimento dependessem do fato de sua aceitação pelos tribunais (como de fato o faz), mas também como se exigisse (o que não faz) que os critérios de validade jurídica que a norma provê consistam exclusivamente no tipo específico de fato “simples” que ele denomina questões de “*pedigree*”, ou seja, questões referentes à maneira e à forma da criação ou adoção de leis. Isso é duplamente errôneo. Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de “positivismo brando” (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo “dos simples fatos”. Em segundo lugar

nada há em meu livro que sugira que os critérios factuais oferecidos pela norma de reconhecimento devam se restringir às questões de *pedigree*; podem, ao contrário, constituir restrições substantivas ao conteúdo da legislação... (HART, 2012, p. 323)

Nesta passagem de Hart encontramos o embrião do que viria a ser conhecido como positivismo jurídico inclusivo. Como vemos, Hart posiciona sua doutrina a meio caminho entre Raz e Dworkin, aceitando, por um lado, que princípios morais possam constituir parte das exigências de validade jurídica de um determinado sistema, mas negando que essa seja uma característica necessária do direito, ou seja, que sempre seja o caso que a norma de reconhecimento incorpore princípios morais como critérios de validade.

Assim, ainda que a relação entre direito e moral seja, em muitos casos, mais do que uma contingência, quando tratamos de validade jurídica, continua sendo compartilhado pelo positivismo que uma ou outra forma da tese da separação deve estar correta: no positivismo exclusivo por negar mesmo a *possibilidade* de uma conexão entre direito e moral e no positivismo inclusivo por negar a *necessidade* de tal conexão, afirmando assim uma tese da separação fraca.

Desnecessário mencionar que R. Dworkin e J. Raz não aceitaram os argumentos avançados pelo inclusivismo. Ambos acreditam que uma teoria positivista não pode aceitar critérios morais de validade jurídica, mas por motivos diferentes. Dworkin questiona a compatibilidade da tese da incorporação com a regra de reconhecimento de Hart e com a tese da convencionalidade, que veremos mais a frente. Raz, por outro lado, argumenta que a incorporação de princípios morais não seria compatível com o caráter de autoridade do direito ou mesmo com a tese da diferença prática. (COLEMAN, 2009, p. 69).

A tese da diferença prática afirma que o direito deve ser capaz de fazer a diferença enquanto direito e, como vimos, de acordo com Raz, critérios morais de validade seriam sempre incapazes de guiar conduta apropriadamente – e assim, de fazer a diferença. A tese da convencionalidade, por sua vez, afirma que todos os critérios de validade são uma questão de convenção social. Segundo Dworkin, princípios de moralidade não poderiam integrar uma teoria convencionalista por possuir um caráter naturalmente controverso.

Analisaremos, com o auxílio de Jules Coleman e Wilfrid Waluchow as respostas oferecidas pelo positivismo jurídico inclusivo aos ataques de R. Dworkin e J. Raz, passando pelos pontos mencionados, partindo de uma análise da função da norma de reconhecimento nas duas frentes do positivismo. Seguindo este caminho, o presente trabalho espera, ao final, demonstrar que a tese da incorporação é perfeitamente compatível com um projeto positivista para a teoria do direito.

#### 4.3 MENOS QUE UMA NECESSIDADE: A REGRA DE RECONHECIMENTO E A TESE FRACA DA SEPARAÇÃO

Para o positivismo ligado a H. L. A. Hart, existe um *standard* que determina quais normas de uma comunidade são jurídicas: a regra de reconhecimento. Essa regra não pode limitar-se a dizer que é “o *standard* em toda comunidade segundo o qual as normas jurídicas de uma comunidade foram determinadas”. Isso seria uma afirmação trivial, ainda que analiticamente verdadeira. Nesse sentido, é importante delimitar qual a função exata da regra de reconhecimento.

Segundo Jules Coleman a regra de conhecimento representa uma noção ambígua: possui tanto um (a) sentido epistêmico quanto um (b) sentido semântico. “Num sentido [a], a regra de reconhecimento é um standard que alguém pode utilizar para identificar, validar ou descobrir o direito de uma comunidade. Num outro sentido [b], a regra de reconhecimento especifica as condições que uma norma deve satisfazer para constituir parte do direito de uma comunidade”<sup>42</sup> (COLEMAN, 1982, p. 5). Segundo Coleman, o positivismo jurídico está comprometido apenas com o sentido semântico da regra.

Assim, se essa regra for compreendida como a regra que especifica as condições de validade jurídica de uma norma, Coleman afirma que é possível responder às críticas de Dworkin – de que a incorporação seria incompatível com a regra de reconhecimento – a partir da compreensão de que essa regra pode incluir princípios morais, assim como regras enquanto *standards* jurídicos obrigatórios.

---

<sup>42</sup> Tradução livre de: “The notion of a rule of recognition is ambiguous; it has both an epistemic and a semantic sense. In one sense, the rule of recognitions a standard which one can use to identify, validate, or discover a community’s law. In another sense, the rule of recognition specifies the conditions a norm must satisfy to constitute part of a community’s law.”



Resumidamente, o argumento é o de que certos princípios morais podem ser jurídicos, ainda que nem todos os sejam:

Uma regra é uma regra jurídica se possui uma característica C; e um princípio moral é um princípio jurídico se possui uma característica C'. A regra de reconhecimento então afirma que uma norma é jurídica se, e apenas se, possuir C ou C'. Uma vez que essa regra de reconhecimento é formulada, tudo que Dworkin atribui ao positivismo, além do modelo de regras, sobrevive. A regra de reconhecimento (semântica) sobrevive, já que a juridicidade de uma norma não depende se ela é uma regra ou um princípio, mas sim da satisfação das condições de legalidade avançadas por uma regra de reconhecimento. A tese da separação sobrevive desde que nem todo sistema jurídico concebível tenha em sua regra de reconhecimento uma cláusula C'; isto é, uma cláusula que determine condições de legalidade para alguns princípios morais, ou se possuir tal cláusula, deve existir pelo menos um sistema jurídico concebível onde nenhum princípio a satisfaça. Finalmente, um argumento pela discricionariedade judicial – aquela que não se baseia na controvérsia, mas na possibilidade de esgotamento dos padrões jurídicos – sobrevive. Isto é, apenas um número determinado de padrões possuem C ou C', assim um caso pode surgir onde nenhum padrão jurídico sob uma regra de reconhecimento seja adequado para a sua resolução. Nesses casos, juízes devem apelar para padrões extrajurídicos para resolver disputas.<sup>43</sup> (COLEMAN, 1982, p. 13)

Portanto, a compreensão da regra de reconhecimento em seu sentido semântico, permite incluir princípios morais enquanto obrigações jurídicas sem de fato rechaçar a tese da separação, ainda que, sobre ela exerça forte influência. A tese da separação sofre uma profunda mudança em relação àquilo que Dworkin pretendia. No positivismo jurídico inclusivo, a tese sobrevive enquanto for concebível pelo menos

---

<sup>43</sup> Tradução livre de: "A rule is a legal rule if it possesses a characteristic C; and a moral principle is a legal principle if it possesses a characteristic C1. The rule of recognition then states that a norm is a legal one if and only if it possesses either C or C1. Once this rule of recognition is formulated, everything Dworkin ascribes to positivism, other than the model of rules, survives. The (semantic) rule of recognition survives, since whether a norm is a legal one does not depend on whether it is a rule or a principle, but on whether it satisfies the conditions of legality set forth in a rule of recognition. The separability thesis survives just so long as not every conceivable legal system has in its rule of recognition a C1 clause; that is, a clause that sets out conditions of legality for some moral principles, or it has such a clause, there exists at least one conceivable legal system in which no principle satisfies this clause. Finally, one argument for judicial discretion – the one that relies not on controversy but on the exhaustibility of legal standards – survives. That is, only a determinate number of standards possess either C or C1, so that a case may arise in which no legal standard under the rule of recognition is suitable or adequate to its resolution. In such cases, judges must appeal to non legal standards to resolve disputes."

um sistema jurídico em que princípios morais não sejam parte do direito de acordo com uma regra de reconhecimento (não sejam standards jurídicos obrigatórios), estabelecendo, portanto, que não há uma relação necessária entre direito e moral, mas sim uma relação possível.

Como vimos, o exclusivista adiciona à regra de reconhecimento uma restrição, que afirma que todo critério de validade vem de fontes sociais. Dessa maneira, o exclusivista incorpora a tese do *pedigree* como afirmada por Dworkin naquilo que Joseph Raz chamou de tese das fontes; (RAZ, 2009, p. 37-53). O inclusivista, por outro lado, rejeita tal restrição, permitindo que em alguns casos a validade de uma norma seja definida por sua moralidade.

Há aqui uma diferença entre os fundamentos e o conteúdo dos critérios de validade. Enquanto o exclusivista exige que o conteúdo dos critérios seja delimitado por fontes sociais, o inclusivista restringe tal exigência apenas aos fundamentos dos critérios, ou seja, os critérios devem ser fundados em um fato social – pela convenção entre as autoridades – mas os critérios podem ser constituídos por conteúdos morais. Por este motivo, Coleman acredita que o positivismo jurídico inclusivo é o caminho mais adequado para superar as críticas de Dworkin:

Como o positivismo jurídico inclusivo permite que alguns princípios morais possam ser juridicamente vinculantes em virtude de seus méritos ou valores, não sua fonte ou pedigree, o positivista jurídico inclusivo está preparado para aceitar mais suposições de Dworkin do que o positivista que insiste que a legalidade de princípios morais depende inteiramente de sua fonte. (...) Diferentemente de Dworkin, porém, o inclusivista defende que se a moralidade é ou não uma condição de legalidade num sistema jurídico particular depende de uma regra social ou convencional, nomeadamente a regra de reconhecimento.<sup>44</sup> (COLEMAN, 2008, p. 108)

A exigência de que os fundamentos dos critérios da regra de reconhecimento advenham de fontes sociais revela outra característica da teoria positivista, uma que compartilham tanto exclusivistas quanto inclusivistas: a tese da convencionalidade.

---

<sup>44</sup> Tradução livre de: “Because inclusive legal positivism allows that some moral principles can be legally binding in virtue of their merits or value, not their source or pedigree, the inclusive legal positivist is prepared to accept more of Dworkin’s suppositions than is the positivist who insists that the legality of moral principles depends entirely on their source. (...) Unlike Dworkin, however, the inclusive legal positivist holds that whether or not morality is a condition of legality in a particular legal system depends on a social or conventional rule, namely the rule of recognition.”

Nos próximos tópicos, serão oferecidos alguns esclarecimentos sobre a função do comportamento e do ponto de vista interno e sua relação com a regra de reconhecimento. Ao fazê-lo, estaremos expondo em que sentido a teoria de Hart pode ser considerada convencionalista, ao mesmo tempo em que afastaremos a crítica de Dworkin – sobre a incompatibilidade entre a incorporação e a convencionalidade - por considerá-la inadequada, como será argumentado.

#### 4.4 A TESE DA CONVENCIONALIDADE

Como explicamos, a compreensão da regra de reconhecimento em seu sentido semântico, permite afastar o argumento de que o positivismo seria incapaz de explicar o uso que os sistemas jurídicos fazem de princípios morais. Os ataques de Dworkin, porém, não param por aí. Em *O Modelo de Regras II*, o autor oferece um argumento segundo o qual a tese da convencionalidade e a tese da incorporação seriam incompatíveis:

O argumento é esse: princípios morais são naturalmente controversos. Juízes discordarão sobre quais princípios satisfazem a demanda de moralidade e sobre o que os princípios requerem. Já que a regra de reconhecimento é uma regra social, ela é parcialmente constituída por, ou é superveniente sobre, uma convergência de comportamento – a convergência é uma condição de existência da regra de reconhecimento. A convergência, todavia, seria prejudicada pelo desacordo que surgiria de qualquer regra que fizesse da moralidade uma condição de legalidade. Assim, o positivismo jurídico inclusivo seria incompatível com a tese da convencionalidade.<sup>45</sup> (COLEMAN, 2009, p. 116)

Seguindo a argumentação de H. L. A. Hart, demonstramos que o autor filia seu pensamento a um tipo de positivismo que aceita que existam na regra de

---

<sup>45</sup> Tradução livre de: The argument is this: Moral principles are inherently controversial. Judges will disagree about which principles satisfy the demands of morality and about what the principles require. Since the rule of recognition is a social rule, it is partially constituted by or supervenient on a convergence of behavior – the convergence is an existence condition of the rule of recognition. Convergence, however, is undermined by the disagreement that would attend any rule that makes morality a condition of legality. Thus, inclusive legal positivism is incompatible with the conventionality thesis.

reconhecimento certos critérios morais de validade jurídica. A regra de reconhecimento, por sua vez, só é possível se for aceita pelas autoridades a partir de um ponto de vista interno. Há nesse pensamento dois elementos relevantes da prática social que constitui a possibilidade da autoridade jurídica: a convergência de comportamento e a atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento. Essa atitude reflexiva, que consiste numa aceitação da regra de reconhecimento, é o que chamamos de ponto de vista interno.

A consequência deste tipo de pensamento, é que Hart não oferece uma explicação reducionista do direito, como pretendia Andrei Marmor (MARMOR, 2011, pp. 35-59), mas pelo contrário, uma teoria que reconhece a natureza convencional de seu objeto, sem, contudo, reduzi-lo à fatos sociais, pois não deixa de considerar o papel interpretado pelas autoridades que não apenas convergem em comportamento, mas, mais do que isso, seguem uma norma:

Como todo positivista jurídico, eu sustento que a possibilidade do direito pode ser explicada em termos de fatos sociais. Como Hart, eu ainda mantenho que a possibilidade da autoridade jurídica deve ser explicada em termos de uma prática social convencional, nomeadamente a aderência dos operadores a uma regra de reconhecimento que impõe um dever sobre eles de aplicar todas e apenas aquelas regras válidas sob ela. Essa é a tese da convencionalidade. Ao explicar a possibilidade de autoridade jurídica em termos de uma regra de reconhecimento, a tese da convencionalidade dá conteúdo a ideia de que o direito é uma *prática social normativa* que, enquanto satisfaz a tese dos fatos sociais, ainda assim evita reduzir a autoridade jurídica a fatos sociais.<sup>46</sup> (COLEMAN, 2009, p. 77)

Caracterizando dessa forma o positivismo inclusivo, podemos compreender o tipo de crítica avançada por Dworkin. Se a regra que constitui os critérios de validade jurídica é, em última instância, uma regra advinda da convenção entre os aplicadores do direito, então não faria sentido que essa regra aceitasse como critérios, padrões

---

<sup>46</sup> Tradução livre de: Like every legal positivist, I maintain that the possibility of law is to be explained in terms of social facts. Like Hart, I further maintain that the possibility of legal authority is to be explained in terms of a conventional social practice, namely the adherence by officials to a rule of recognition that imposes a duty on them to apply all and only those rules valid under it. This is the conventionality thesis. In explaining the possibility of legal authority in terms of a rule of recognition, the conventionality thesis gives content to the idea that law is a normative social practice which, while satisfying the social fact thesis, nevertheless avoids reducing legal authority to social facts.

sobre os quais haveria pouca convergência. Ronald Dworkin comete, pelo menos, dois equívocos nessa crítica.

Em primeiro lugar, o autor ignora o fato de que as autoridades não estão criando, mas seguindo uma regra. Afirmar que a prática – a convergência de comportamento e o ponto de vista interno - é uma *condição de existência* da regra de reconhecimento, não quer dizer que o próprio conteúdo dessa regra seja determinado apenas pela prática. Pelo contrário, se o conteúdo da regra de reconhecimento fosse determinado pela apenas prática, então ela não teria nenhum conteúdo fixo, de forma que toda atitude poderia ser aceitável. Ainda, não seria nem mesmo uma regra, pois não cumpriria a função de guiar o comportamento a partir de razões para agir. (COLEMAN, 2009, pp. 75-80).

Em segundo lugar, se considerarmos então que a tese da convencionalidade ficaria ferida, pois os juízes jamais conseguiriam entrar em acordo quanto a aplicação dos critérios de validade jurídica advindos da moral, estaríamos novamente incorretos. De fato, existem tais desacordos. Eles, porém, não são conceitualmente impossíveis em um sistema convencional, pelo contrário, são esperados. Sobre esses dois argumentos, sintetiza Coleman:

Um ponto relacionado, articulado primeiramente por Wittgenstein em sua discussão sobre seguir uma regra, é que a apreensão de uma regra – a habilidade de “seguir em frente” – não pode ser exhaustivamente articulada em forma proposicional. Saul Kripke explicou esse ponto fortemente, demonstrando que mesmo a aparente dura-e-rápida regra para nossa prática de adição não pode ser afirmada de tal maneira que determine unicamente o que todos nós sabemos ser o critério de correção para aquela prática. Sempre há a possibilidade de interpretar a expressão proposicional da regra de adição em um indefinido número de formas fora do padrão. (...) Nós não devemos, porém, inflar o grau de desacordos ou diferenças permitidas nas formulações; se a mesma regra está sendo seguida, então os participantes devem compartilhar uma apreensão ou compreensão da regra que é refletida tanto no comportamento convergente e em entendimentos amplamente compartilhados da aplicação da regra em uma gama de paradigmas e situações hipotéticas. Em um estado mínimo, deve ser compartilhado um sistema de interação.<sup>47</sup> (COLEMAN, 2009, p. 81)

---

<sup>47</sup> Tradução livre de: A related point, articulated first by Wittgenstein in his discussion of rule-following, is that the grasp of a rule – the ability to “go on” – cannot be exhaustively articulated in propositional form. Saul Kripke has explicated this point forcefully, showing that even the apparently hard-and-fast

Com isso, a crítica de Dworkin pode ser mitigada. Não há nada na tese da convencionalidade que represente um conflito com a natureza controversa da moralidade. Na verdade, os desacordos na formulação de qual exatamente é o conteúdo da regra de reconhecimento deveriam causar pouca surpresa, principalmente se exigirmos dos juristas uma análise detalhada da regra ou mesmo seu conteúdo para casos difíceis. Ainda assim, existindo um sistema mínimo de interação, concluímos que a convergência de comportamento das autoridades não determina o conteúdo da regra de reconhecimento, mas atua como uma ferramenta de sua correção<sup>48</sup> e serve para assegurar que gerações futuras de autoridades também consigam apreender essa compreensão compartilhada do conteúdo da regra. (COLEMAN, 2009, p. 81)

Em resumo, com o apresentado, deve ter ficado claro que (1) a prática da regra de reconhecimento é uma condição de sua existência. Não há regra de reconhecimento se ela não for praticada. Ainda assim, (2) a prática não determina todo o conteúdo da regra, pelo contrário, serve como mecanismo para sua apreensão e identificação, permitindo que novas gerações de juízes apreendam seu conteúdo; (3) é possível que a prática atue na correção do conteúdo da regra de reconhecimento, ainda que não possa reformá-la por completo de uma só vez; (4) a prática consiste em convergência de comportamento e aceitação de sua autoridade pelo ponto de vista interno<sup>49</sup>.

Com o exposto até aqui, podemos afastar a crítica de Dworkin. Desacordos, são esperados quando exigimos uma descrição detalhada do conteúdo da regra de reconhecimento e não são, como pretendia Dworkin, impossíveis. O argumento apresentado pelo autor parece não oferecer nenhum desafio sólido a possibilidade

---

rule for our practice of addition cannot be stated in such a way that it uniquely determines what we all know to be the criteria of correctness for that practice. There is always the possibility of interpreting a propositional expression. Of the rule of addition in an indefinite number of non-standard ways. (...) We should not want to overstate the degree of allowable disagreement or difference in formulations, however; if the same rule is being followed, then participants must share a grasp or understanding of the rule that is reflected both in convergent behavior and in broadly shared understandings of the rule's application to a range of paradigms and hypotheticals. At a minimum, they must share a framework of interaction.

<sup>48</sup> "Each case is revisable at any given time, but they are not all revisable at once" (COLEMAN, 2009, p. 81)

<sup>49</sup> Quando falamos em ponto de vista interno, no que se refere a regra de reconhecimento, devemos compreender que não se faz necessário que todos os jurisdicionados internalizem a regra de reconhecimento, ainda que tal cenário seja possível. O que importa é que os oficiais internalizem a regra.

teórica do positivismo inclusivo, afinal, a convencionalidade encontra-se na prática e na correção dessa prática por parte das autoridades, de forma que o conteúdo da regra de reconhecimento pode, por vezes – mas não sempre -, encontrar-se em território de disputa.

Devemos ainda enfrentar um outro tipo de argumento em defesa do positivismo jurídico inclusivo, sobre a possibilidade conceitual da regra de reconhecimento que incorpora a moralidade como condição de validade jurídica, em face do caráter de autoridade do direito. Para isso, retomaremos o argumento da autoridade avançado por Raz, colocando-o sob o foco dos argumentos inclusivistas avançados por J. Coleman e Wilfrid Waluchow.

#### 4.5. AUTORIDADE E CONVENCIONALIDADE

No capítulo anterior, fizemos uma exposição detalhada do argumento de autoridade de Joseph Raz. Segundo esta tese, para identificar uma diretiva de autoridade e o seu conteúdo não é logicamente possível que alguém tenha que utilizar-se das razões dependentes que a diretiva deveria substituir. Se tal caso se configura, então a diretiva de autoridade falha em ser do tipo que deve logicamente ser para cumprir a concepção de autoridade como serviço. Assim, sendo da natureza da autoridade emitir decisões que sejam independentes de seu conteúdo - e de qualquer outra justificação que não seja do tipo “A deve  $\phi$ , pois é a lei” – então segue que a diretiva é passível de identificação sem o envolvimento de argumentos morais.

Se a tese de Raz estiver correta, então o positivismo jurídico inclusivo deve ser inconsistente com as propriedades essenciais do direito. Seguiremos duas linhas de argumentação contra os argumentos razianos, a primeira defendida por Jules Coleman, segundo a qual mesmo que Raz esteja correto em sua defesa do argumento de autoridade, disso não segue que a tese das fontes está correta. A segunda, mais importante para este trabalho, defendida por Wilfrid Waluchow, que rejeita certas particularidades do argumento de autoridade, demonstrando que o inclusivismo pode ser perfeitamente compatível com a autoridade do direito, desde que sua compreensão não se limite aos argumentos conceituais avançados pelo exclusivista.

O desacordo entra os autores, deve ficar claro, refere-se não a separação entre direito e moral em todas as instâncias: todos concordam que a moralidade se apresenta em diferentes momentos da argumentação jurídica. O que está em jogo são as condições de legalidade (de validade jurídica) e sua natureza específica em relação a teoria da autoridade. Se por um lado, o exclusivismo acredita que a legalidade é determinada independentemente de seu conteúdo, por outro, o inclusivista afirma que é possível que a moralidade seja incorporada como critério de validade jurídica, ou seja, que a legalidade possa depender do conteúdo da norma.

Coleman afirma que em sistemas jurídicos como o estadunidense, cláusulas como a 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos (que afirma o direito a igual proteção jurídica) representam instâncias em que a regra de reconhecimento incorpora certas características de moralidade às condições de validade de normas (COLEMAN, 2009, p. 126). No sistema jurídico brasileiro o art. 5º da Constituição Federal cumpre um papel do mesmo tipo ao afirmar que todos são iguais perante a lei e ao garantir a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Com uma cláusula desse tipo, todas as normas inferiores ao texto constitucional encontram sua validade limitada à conteúdos morais específicos.

Cláusulas desse tipo criam condições necessárias de legalidade e faria pouco sentido negar que para reconhecer o conteúdo de tais normas, ou mesmo a validade de normas sujeitas a esta, não se faria necessário qualquer tipo de investigação de argumentos morais, ou mesmo que uma investigação desse tipo necessariamente extrapolaria os limites do direito. Ainda assim, quando tratamos de condições necessárias de validade, nem sempre ferimos a ideia raziana de que diretivas de autoridade não podem depender da avaliação das razões que a diretiva está lá para substituir:

Por exemplo, considere uma regra de reconhecimento especificando que apenas regras que satisfaçam certos requerimentos de justiça e igualdade – como por exemplo se a lei oferece ou não oportunidades justas de apelação, se é ou não justamente administrada, e assim por diante – podem ser juridicamente válidas. Aqui temos uma cláusula [14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos] na qual a moralidade de uma norma é uma condição necessária de legalidade, e assim a regra é um teste avaliativo – exatamente do tipo rejeitado pela tese das fontes. Ainda assim, o teste avaliativo não nos



direciona para as razões dependentes que justificariam qualquer regra em particular. Os tipos de considerações morais que a cláusula de justiça expressa não são parte da justificação de leis proibindo o assassinato por exemplo. Essas considerações não são parte das razões pelas quais é moralmente bom ou desejável que se possua tal lei, e assim elas não estão entre as razões dependentes que a lei está lá para substituir. Em geral, *as considerações avaliativas que se referem a legalidade de uma regra não precisam coincidir com aquelas que se referem aos méritos de uma regra*. Tais cláusulas são, portanto, consistentes com a visão raziana de autoridade.<sup>50</sup> (COLEMAN, 2009, pp. 126-127)

Por outro lado, não é uma regra que condições morais de validade jurídica nunca se referem às razões dependentes que a lei está lá para substituir. Nem mesmo é verdade que todas as condições morais são do tipo necessário. Coleman afirma que a regra de reconhecimento pode, conceitualmente, tratar a moralidade como uma condição apenas suficiente de legalidade: certos princípios podem tornar-se jurídicos por cumprir uma dimensão de justiça (sempre pensada em seu sentido social) exigida por uma regra de reconhecimento. Dessa forma, sua legalidade é completamente dependente precisamente das razões dependentes que ela estava lá para substituir. (COLEMAN, 2009, p. 127)

Como vimos, a teoria avançada por Coleman traria certos problemas conceituais para o pensamento raziano. Raz propõe a existência de amarras conceituais ao direito: requer que seja possível conhecer o conteúdo e a identidade do direito através das fontes, sem referência a considerações morais (requer uma tese das fontes). O que Coleman busca demonstrar, porém, é que a tese das fontes, quando compreendida em seu sentido correto, cria limitações apenas na identificação do direito e não nos critérios de legalidade que podem ser adotados por uma regra de reconhecimento (COLEMAN, 2009, p. 132)

---

<sup>50</sup> Tradução livre de: For example, consider a rule of recognition specifying that only rules that satisfy certain requirements of fairness and equality – like whether or not the law offers fair opportunities for appeal, whether or not it is fairly administered, and so on – can be legally valid. Here is a clause in which the morality of a norm is a necessary condition of legality, and so the rule is an evaluative test – just the sort ruled out by the sources thesis. Nevertheless, the evaluative test does not direct us to the dependent reasons that would justify any particular legal rule. The kinds of moral considerations the fairness clause expresses are not part of the justification for laws prohibiting murder, for example. These considerations are not part of the reasons why it is morally good or desirable to have such a law, and thus they are not among the dependent reasons that the law would replace. In general, the evaluative considerations that go to the legality of a rule need not coincide with those that go to the merits of the rule. Such clauses are therefore consistent with the Razian view of authority.

Se o direito deve ser capaz de possuir autoridade, então deve existir uma forma de identificá-lo, e de identificar o seu conteúdo, sem o uso da moralidade; mas não existe nenhuma razão pela qual este veículo deva ser a regra de reconhecimento, e nenhuma razão, dessa forma, pela qual a regra de reconhecimento não deveria ser capaz de impor condições morais, mesmo como condições suficientes de legalidade.<sup>51</sup> (COLEMAN, 2009, p. 128)

Coleman, como vimos, defende que o positivista está comprometido com a regra de reconhecimento em seu sentido semântico. Isto quer dizer que essa regra especifica as condições que uma norma deve satisfazer para ser jurídica (condições de legalidade). Com esta noção, o autor rejeita a ideia de que a regra de reconhecimento serve à identificação de sistemas jurídicos, de forma que não haveria motivo para esperar que fosse nela que deveríamos aplicar a restrição de moralidade exigida pela tese das fontes. (COLEMAN, 2009, pp. 130-131).

A tese de Coleman mostra-se como uma saída coerente, mas ainda incompleta, para os argumentos de Raz. Defendo, como Coleman, que a regra de reconhecimento deve ser compreendida em seu sentido semântico e que a tese da incorporação é adequada à sua natureza. Questiono, porém, se efetivamente seria possível identificar todo o conteúdo jurídico sem recorrer a avaliações morais, sendo que parte de seu conteúdo pode ser constituído por princípios morais que, como vimos, possuem natureza controversa. Parece sensato afirmar que a mesma dificuldade que esperamos de juízes ao tentar descrever o conteúdo da regra de reconhecimento, pode ser esperada de indivíduos que questionam qual o conteúdo exato de um princípio moral pelo qual devem guiar sua ação. É certo que este último é um caso de exceção, mas não é, de maneira alguma, um caso impossível.

Uma saída mais adequada aos problemas levantados, que leva em conta este último questionamento, seria aquela que ataca o próprio argumento de autoridade raziano, demonstrando que seu funcionamento não se dá exatamente como exigido pelo autor. Ainda que Coleman passe brevemente por essa ideia, é em Wilfrid Waluchow que encontramos uma defesa mais detalhada de uma tese desse tipo.

---

<sup>51</sup> Tradução livre de: "If law is to be capable of being an authority, there must be some way of identifying it and its content without recourse to morality; but there is no reason why that vehicle must be the rule of recognition, and no reason, therefore, why the rule of recognition should not be capable of imposing morality conditions, even as sufficient conditions of legality."

#### 4.6. REVISITANDO A AUTORIDADE: PARA ALÉM DAS RAZÕES EXCLUDENTES

A grande contribuição de Joseph Raz para a teoria do direito, como mencionamos, consiste em sua compreensão do fenômeno jurídico enquanto autoridade. No capítulo anterior apresentamos uma exposição do argumento de autoridade raziano e mencionamos que apesar de o direito constituir uma autoridade *de facto*, desta tese não se pode extrair as diretivas de que todas as razões emitidas por autoridades são excludentes, nem mesmo que elas devem poder ser identificadas sem nenhuma forma de apelo às razões que ela está lá para substituir. Para defender esta linha de argumentação, utilizaremos as ideias expressadas por Wilfrid Waluchow em sua obra *Inclusive Legal Positivism*, em uma crítica contundente do argumento de autoridade de Raz.

Retomando a analogia da arbitragem de Raz podemos perceber que é de fato um grande salto chegar a uma conclusão desse tipo. É verdade que em alguns casos o objetivo da arbitragem é o de chegar a uma decisão que substitua as razões dependentes sob as quais as partes não conseguiram entrar em acordo. Ao compreendermos a função social cumprida pelo trabalho do árbitro, não podemos negar que o objetivo primário do exercício é o de resolver uma disputa. Dessa afirmação, porém, não é possível inferir a necessidade de que todas as razões oferecidas por autoridades práticas são razões excludentes.

Waluchow cita o exemplo do árbitro que, além de buscar resolver uma disputa, pretende que a arbitragem também possua um caráter educativo, auxiliando as partes a tomarem a decisão entre si, não apenas porque acredita que isto seja possível, mas porque defende que decisões tomadas dessa forma tendem a ser mais estáveis no longo termo. Ainda, seria possível que o árbitro auxiliasse as partes oferecendo uma solução para uma parte dos problemas: resolvendo uma disputa sobre uma das razões dependentes que embasam o caso, sem, todavia, impor uma decisão exaustiva da disputa. Nesse caso, ainda ficaria em aberto para as partes a decisão do caminho mais indicado à solução do problema restante. (WALUCHOW, 1994, p. 133)

Seria possível, por outro lado, argumentar que essa prática aqui descrita não constituiria arbitragem, pois tal exercício seria apenas constituído pela resolução de uma disputa a partir da emissão de uma diretiva excludente. Tal argumento, porém, ignoraria a prática como ela realmente se dá em nome de uma amarra conceitual. O

ponto demonstrado por Waluchow é o de que a prática continua existindo ainda que não seja emitida nenhuma razão excludente, ou seja, existem outros tipos de razões que podem ser emitidos por autoridades práticas.

Dessa ideia o autor afirma que:

Deve agora estar claro que o positivismo inclusivo seria falso pela analogia entre direito e arbitragem apenas se a única e dominante função do direito fosse a de resolver controvérsias práticas sobre as razões dependentes, ou se essa for uma função cuja não satisfação resulte, num grau significativo, em algo que não seja direito. Apenas se (a) o ponto essencial do direito for o de que se deve resolver disputas conclusivamente e autoritariamente sobre decisões dependentes; e (b) esse ponto seria completamente frustrado se fosse necessário considerar razões morais dependentes para ação na identificação e interpretação de leis válidas; então teríamos (c) qualquer razão para preferir o exclusivismo ao positivismo inclusivo. Mas porque deveríamos aceitar (a) e (b)?<sup>52</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 134)

Começemos por (a). Como mencionamos, não há nada no fenômeno jurídico que justifique a tese de que a resolução de conflitos através de diretivas excludentes seja a única função jurídica – ainda que seja uma função de grande importância. Considere um sistema jurídico que incorpore em sua regra de reconhecimento – compreendida em seu sentido semântico – condições morais de validade. Nessa sociedade, uma diretiva será jurídica apenas se não contrariar essas condições morais. Ao contrário do que pretende Raz ao afirmar que não faria sentido emitir diretivas que exijam recorrência a argumentos morais, uma sociedade desse tipo aceitaria uma certa “abertura” em nome de valores considerados importantes.

Para estabelecer, portanto, a validade jurídica de diretivas numa sociedade como essa, não seria possível esquivar-se às avaliações morais relativas ao conteúdo da ordem. Nesse sentido, e considerando a viabilidade de um sistema jurídico como proposto, não seria razoável seguir a argumentação de Raz, pois dela chegaríamos a

---

<sup>52</sup> Tradução livre de: “It should now be clear that inclusive positivism is falsified by the analogy between law and arbitration only if the sole or overriding function of law is to settle practical controversies about dependent reasons, or if this is a function non-satisfaction of which to a significant degree results in something other than law. Only if (a) the very, or at least an essential point of law is that it should conclusively and authoritatively settle disputes about dependent reasons; and (b) this point would be completely frustrated were it ever necessary to consider dependent moral reasons for action in identifying and interpreting valid laws; do we get (c) any reason at all for preferring exclusive to inclusive positivism. But why should we accept (a) and (b)?”

conclusões absurdas como: (1) os membros deste sistema estão fazendo uma confusão conceitual, pois é impossível que valores morais atuem como condições de validade jurídica, ou (2) que aquele sistema dito “jurídico” na verdade é de outro tipo qualquer (WALUCHOW, 1994, p. 135). Estes argumentos servem para inserir dúvida no pensamento raziano, mas uma linha mais convincente, que estamos perseguindo aqui, deve demonstrar que “a autoridade não é um conceito excludente tudo ou nada”<sup>53</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 136). Perseguindo esse tipo de argumentação, Waluchow utiliza-se das ideias de Stephen Perry<sup>54</sup>, afirmando que na maioria dos casos as razões oferecidas por autoridades não são excludentes, mas são razões de segunda ordem que buscam determinar o peso das razões de primeira ordem que permeiam o caso:

De acordo com Perry, o pensamento de Raz é ‘claramente muito limitado’. Em sua visão alternativa da autoridade, um discurso autoritário fornece uma ‘razão de segunda ordem [que é] uma razão para tratar uma razão de primeira ordem como possuindo maior ou menor peso do que ela receberia ordinariamente, de forma que uma razão excludente seria simplesmente um caso especial onde uma ou mais razões de primeira ordem seriam tratadas como possuindo peso zero’. Perry aplica sua visão alternativa de razões de segunda ordem às práticas de sistemas jurídicos do *common law* e conclui que nem mesmo precedentes ou estatutos são tratados como se oferecessem razões excludentes.<sup>55</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 137)

Na visão de Perry as cortes não possuem uma relação de subordinação absoluta com cortes superiores quando tratamos de precedentes. Dependendo do contexto – relativo à posição e relevância das cortes em questão, as peculiaridades do caso, as condições morais de validade, entre outros fatores – as cortes podem considerar que o peso que deve ser atribuído a uma decisão de certo tipo é maior do que o peso atribuído a decisão precedente em caso semelhante, podendo decidir

<sup>53</sup> Tradução livre de: “authority is not an all or nothing exclusionary matter”.

<sup>54</sup> Ver: PERRY, Stephen. Judicial Obligation, Precedents and Common Law. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 7, N. 3, p. 233.

<sup>55</sup> Tradução livre de: “According to Perry, Raz’s account is ‘clearly too narrow’. On his alternative account of authority, an authoritative utterance provides a ‘second-order reason [which is] a reason for treating a first-order reason as having a greater or lesser weight than it would ordinarily receive, so that an exclusionary reason is simply the special case where one or more first-order reasons are treated as havind zero weight’. Perry applies this alternative view of second-order reasons to the practices of common-law legal systems and concludes that neither precedentes nor statutes are treated as providing exclusionary reasons.”

como for mais adequado. Uma visão desse tipo, afirma Waluchow, é suficiente para demonstrar que Raz está errado ao identificar toda a força do direito na emissão de diretivas excludentes, que seriam meramente um caso especial de razões de primeira ordem às quais se atribui peso zero.

Nesses argumentos encontram-se fortes evidências de que se deve abandonar a ideia raziana de que (a) a autoridade do direito implica sempre na emissão de diretivas excludentes, ficando em aberto ainda a questão sobre (b) a impossibilidade de utilizar avaliações morais para identificar o conteúdo de uma diretiva. Como vimos, Raz afirma que uma avaliação desse tipo frustraria inevitavelmente o caráter de autoridade do direito – constituído sob a emissão de diretivas excludentes. Se a tese de Raz estiver correta, então deveríamos concluir, inevitavelmente, que o positivismo jurídico inclusivo se basearia em uma impossibilidade conceitual. Porém, como defendemos até aqui, não há nada na prática jurídica, ou no conceito de autoridade *de facto*, que exija que a tese (a) esteja correta, resultando disso sérios motivos para questionar a tese (b).

O coração do argumento inclusivista é o de que não é sempre possível identificar o conteúdo do direito sem nenhum apelo à argumentos morais, indo, assim, diretamente contra a tese (b) de Raz. Em primeiro lugar, se a tese (a) estiver errada, então podemos concluir seguramente que (b) também estará. Além disso, em segundo lugar, Raz argumenta que não faria sentido uma diretiva de autoridade exigir que seus sujeitos tomem suas decisões baseados nas mesmas razões dependentes que a diretiva está lá para substituir, de forma que não haveria espaço para avaliações morais em uma ordem desse tipo. Porém, como Waluchow bem explica, “o conjunto de todas as razões morais não é idêntico ao conjunto de razões dependentes em disputa”<sup>56</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 140). Podemos facilmente visualizar casos em que a autoridade decide por utilizar uma razão moral, identificada em uma regra de reconhecimento, como fundamento de sua decisão, ainda que aquela razão moral não fosse parte do conjunto de razões dependentes em disputa.

Como exemplo, Waluchow cita o caso canadense *Andrews v. Law Society of BC*. No caso, Andrews era um cidadão britânico que havia se mudado para o Canadá e após passar em todos os testes necessários para atuar como advogado no país, ainda assim tinha o exercício da profissão negado, pois de acordo com o regulamento

---

<sup>56</sup> Tradução livre de: “the set of all moral reasons is not identical with the set of dependent reasons under dispute”.

da *British Columbia Law Society*, apenas cidadãos canadenses poderiam ser membros da ordem. A disputa foi decidida pela Suprema Corte do Canadá, que concluiu que o regulamento violava a sessão 15 (sobre direitos de igualdade) do *Canadian Charter of Rights and Freedom*. Para chegar a essa conclusão, a corte elaborou um teste para identificar a discriminação injusta, a partir do qual seria necessário que se comprovasse um tratamento diferencial e que a legislação disputada impunha desvantagens sobre o indivíduo discriminado.

Segundo Waluchow, as razões dependentes para a existência do regulamento proibindo o exercício de advocacia para aqueles que não possuam cidadania canadense não seriam idênticas às razões morais de igualdade alegadas pela corte. Ainda assim, um princípio moral reconhecido pelo ordenamento foi utilizado para destacar uma resposta específica para o problema em questão. Desse modo, devemos afastar mais esse argumento de Raz e, com a análise do caso apresentado, devemos ser capazes de visualizar a incorporação de valores morais e de avaliações morais, tanto na legislação, quanto na decisão do tribunal, de forma que seria pouco sensato negar que a relação entre direito e moral pode transcender a mera argumentação jurídica e ser incorporada ao próprio conteúdo do direito.

Em resumo, essas são as revisões ao argumento de autoridade de Raz:

1. A emissão de diretivas que excluem todos os fatores morais é apenas uma das possíveis maneiras a partir da qual a autoridade prática pode ser exercida.
2. Não é verdade, enquanto uma questão de necessidade conceitual, que diretivas devem excluir qualquer e todos os fatores morais para ser autoritária.
3. O conjunto de todas as razões morais não é idêntico ao conjunto de razões morais dependentes subjacentes à diretiva de autoridade.
4. É conceitualmente possível que a identidade e interpretação de uma diretiva de autoridade podem não ser idênticas com as razões morais dependentes subjacentes à diretiva.
5. O tipo de autoridade apropriada para um contexto específico depende, em parte, dos objetivos buscados pelo exercício da autoridade naquele contexto.
6. Decidir disputas conclusivamente não é o único e nem mesmo um objetivo necessário do exercício da autoridade prática.
7. Que diretivas jurídicas de autoridade não violem certos direitos morais fundamentais reconhecidos em uma regra de reconhecimento é um objetivo, entre outros, que um sistema jurídico pode perseguir coerentemente.

8. Segue que a emissão de uma diretiva jurídica de autoridade cuja identidade e conteúdo dependem parcialmente de fatores morais é uma estratégia que um sistema jurídico pode perseguir coerentemente.
9. De acordo com o positivismo jurídico inclusivo, a identidade e o conteúdo de diretivas de autoridade válidas podem, enquanto uma questão conceitual, depender de fatores morais reconhecidos, e.g., em um documento constitucional.
10. O positivismo jurídico inclusivo, dessa maneira, não é conceitualmente inconsistente com a autoridade do direito.<sup>57</sup> (WALUCHOW, 2000, p. 49)

Até aqui, passamos pelas críticas de Dworkin e Raz à possibilidade conceitual do positivismo jurídico inclusivo. Afastamos os argumentos desses autores de que a convencionalidade seria incompatível com a natureza controversa dos princípios morais e revisitamos o conceito raziano de autoridade, reformulando-o de forma compatível com o projeto inclusivista. No próximo ponto, retomaremos a discussão sobre a relação entre o positivismo jurídico e a tese da discricionariedade judicial, demonstrando os efeitos do pensamento inclusivista nessa tese, comumente considerada como parte necessária do pensamento positivista, e demonstrando mais um aspecto a partir do qual, ao se colocar entre dois extremos, o inclusivismo demonstra-se como a visão mais coerente para a teoria do direito frente as peculiaridades do fenômeno jurídico.

#### 4.7. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SOB A TESE DA INCORPORAÇÃO

---

<sup>57</sup> Tradução livre de: "1. The issuing of directives that exclude all moral factors is only one possible way in which practical authority can be exercised. 2. It is not true, as a matter of conceptual necessity, that directives must exclude any and all moral factors in order to be authoritative. 3. The set of all moral reasons is not identical with the set of dependent moral reasons underlying an authoritative directive. 4. It is conceptually possible that the identity and interpretation of an authoritative directive might not be identical with the dependent moral reasons underlying the directive. 5. The type of authority appropriate to a given context depends, in part, on the goals sought by the exercise of authority in that context. 6. Settling disputes conclusively is neither the only, nor a necessary, goal of the exercise of practical authority. 7. That authoritative legal directives do not violate certain fundamental moral rights recognized in or by the rule of recognition is a goal, among others, which a legal system can coherently pursue. 8. It follows that the issuing of authoritative legal directives whose identity and content partly hinge on moral factors is a strategy which a legal system can coherently pursue. 9. According to ILP, the identity and content of valid authoritative legal directives can, as a conceptual matter, depend on moral factors recognized, e.g., in a constitutional document. 10. ILP is therefore not conceptually inconsistent with the authority of law."



No primeiro capítulo defendemos que a tese da discricionariedade sobrevive aos argumentos de Dworkin contra o positivismo e no segundo capítulo demonstramos o pensamento de Joseph Raz sobre o funcionamento adequado da discricionariedade considerada sob o viés da tese das fontes. Claramente, a discricionariedade no inclusivismo não pode funcionar da mesma forma como exigida pela teoria raziana. Porém, isso não significa que o inclusivismo deva filiar-se a tese da resposta correta de Dworkin. A incorporação de princípios morais enquanto critérios de validade jurídica exige reforma na concepção da tese da discricionariedade.

Para operar tal reforma no interior de uma teoria positivista devemos, primeiramente, oferecer uma resposta adequada para a pergunta: positivistas estão necessariamente comprometidos com a ideia de que todo caso jurídico no qual princípios morais estão em jogo são casos de discricionariedade judicial? Num primeiro momento, a resposta positiva pareceria aceitável. Dois são os principais motivos: (1) princípios morais são sempre altamente indeterminados e incapazes de guiar uma decisão apropriadamente e (2) existiriam dois tipos de casos, segundo a teoria positivista, os casos fáceis, nos quais uma decisão claramente segue de uma regra claramente válida, e os casos difíceis, nos quais as fontes jurídicas não são suficientes para guiar uma decisão adequada e o juiz deve exercer uma discricionariedade forte.

Em resumo, as duas teses combinadas, amarrariam o positivismo com a ideia de que todo caso em que princípios morais fossem utilizados por juízes, seria um caso de discricionariedade forte, pois princípios seriam altamente indeterminados e tornariam todo caso do qual fossem parte em casos difíceis. Esta é uma opinião comumente atribuída ao positivismo. Porque, porém, devemos estar de acordo com qualquer um desses motivos?

Em *O Conceito de Direito*, Hart demonstra-se claramente filiado ao motivo (2):

Sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua

discricionariedade e criar o direito referente àquele caso. (HART, 2012, p. 351)

Como demonstra, Waluchow, porém, ainda sem se afastar da ideia de que em certos casos juízes devem exercer discricionariedade, mais tarde em *Problems of the Philosophy of Law*<sup>58</sup>, Hart apresenta este antigo argumento como uma simplificação, e afirma que “outros fatores como o propósito óbvio ou afirmado da regra podem resolver a questão de sua aplicação quando seu sentido literal demonstra-se insuficiente.”<sup>59</sup> (WALUCHOW, 1994, p. 223). Assim, alguns casos que seriam difíceis na concepção anterior, passam a ser considerados como casos simples na reformulação da ideia.

Ainda assim, sempre será possível que existam casos difíceis, aos quais a história jurídica e as normas e princípios não oferecem uma resposta determinada. A continua existência de tais casos, permite a sobrevivência da tese da discricionariedade no positivismo jurídico inclusivo. Ainda assim, resta a questão sobre a (1) indeterminação de princípios morais.

Não é negado pelo inclusivismo que o exercício da discricionariedade forte pode ser necessário em muitos casos nos quais princípios morais estejam em jogo. Princípios desse tipo podem, facilmente, ser de difícil aplicação e identificação. Porém, só seria verdade que juízes sempre exercem discricionariedade nesses casos se considerarmos que nunca existem respostas para questões morais. Neste aspecto, devemos concordar com Dworkin ao defender que princípios e sua interpretação podem ser identificáveis e corretamente aplicados pelo direito, discordando, porém, que tal solução seja possível em todos os casos.

Como argumenta Waluchow, podemos identificar casos em que princípios morais incorporados ao direito ditam uma decisão específica. No mencionado *Andrews v. Law Society of BC*, os juízes utilizaram como premissa o princípio moral de igualdade estabelecido no *Canadian Charter of Rights and Freedom*, e chegaram a uma decisão que não poderia ser considerada como puramente discricionária. Sua decisão não estava baseada em um princípio qualquer, considerado importante no caso, mas em um princípio moral incorporado ao sistema jurídico canadense. É

<sup>58</sup> Ver HART, H. L. A. *Problems of the Philosophy of Law. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. pp. 271.

<sup>59</sup> Tradução livre de: “other factors, such as the rule’s obvious or stated purpose, may settle the question of its application when its literal meaning proves insufficient”.

verdade que princípios podem ser bastante indeterminados e que nem todo caso guiado por um princípio terá automaticamente uma resposta correta. O positivismo jurídico, porém, nos serve para chamar atenção para o fato de que não devemos exagerar certas contingências em necessidades.

## 5 CONCLUSÃO

Ao início, afirmei que o trabalho buscaria cumprir dois objetivos principais: o de expor as principais teses sobre a relação entre direito e moral surgidas do “debate Hart-Dworkin” e o de defender o positivismo jurídico inclusivo e o projeto hartiano como a melhor alternativa aos problemas da filosofia contemporânea. Ao longo das páginas, passamos por problemas profundos para a teoria do direito e por alguns de seus mais proeminentes filósofos.

Rejeitei, primeiramente, o argumento dworkiniano de que o positivismo de H. L. A. Hart seria apenas um “modelo de regras”. Em sua resposta no pós-escrito ao *Conceito de Direito*, o autor afirma ter sido de fato um erro não ter trabalhado mais profundamente a função dos princípios em sistemas jurídicos. Ainda assim, nada justifica tratar o positivismo como um modelo de regras. A confusão de Dworkin, como demonstramos, foi a de não compreender em que sentido a palavra regra vinha sendo utilizada e a previsão de Hart de que haveriam padrões jurídicos variáveis.

Dessa primeira confusão apontada, seguem-se diversas outras, cometidas de todos os lados do debate. De todos os lados, pois apenas uma compreensão incompleta do pensamento de Dworkin permitiria alcunhá-lo, como fazem diversos positivistas, de jusnaturalista. É inegável que o direito enquanto integridade flerta com algumas características do naturalismo, mas Dworkin promove um esforço hercúleo, que deve ser respeitado, para fundar a relação entre direito e moral numa moralidade social e não numa moral mística.

Outras críticas devem ser levantadas se queremos desqualificar o projeto dworkiniano como melhor alternativa a teoria do direito. Em primeiro lugar, parece que Dworkin comete um equívoco conceitual em sua teoria, ao analisar casos claramente de exceção (como *Henningsen contra Blooming Motors Inc.*) e a partir deles formular sua teoria geral para o direito. Casos de exceção servem exatamente para identificar possibilidades e uma teoria geral de necessidades não poderia derivar dele: não é verdade que porque um caso difícil aplicou princípios morais, então o direito é uma prática essencialmente interpretativa onde todo caso seria completamente esgotado pelo direito a partir de princípios interpretados em sua melhor luz.

Em segundo lugar, a teoria de Dworkin ocupa um espaço confuso entre a descrição e a prescrição. Ao considerarmos o exemplo proposto por Andrei Marmor,

de uma corte que está em dúvida entre dois princípios conflitantes e acaba optando por um deles, que seria errado, consideradas todas as coisas, temos uma boa fonte para analisar esta confusão. Se Dworkin estiver correto e o direito for completo, então devemos concluir que o princípio correto, ignorado pela corte, é o direito em dada sociedade. Um advogado, porém, ao ser questionado qual é o direito naquela sociedade, seria obrigado a responder que é aquele que está de acordo com a decisão da corte, pois é a partir dela que será guiada toda a prática jurídica. Assim, se seguirmos o modelo de Dworkin, seríamos levados a acreditar que grande parte de nossa prática jurídica não é o direito. No final do dia, permitindo ou não que exista uma relação entre direito e moral, devemos concordar com o positivismo jurídico ao dizer que o direito é uma prática social-normativa.

Se estivermos corretos nesta última afirmação, nos restam dois caminhos possíveis para a teoria do direito, sob as teses analisadas. No segundo capítulo, seguimos a uma exposição da complexa teoria de Raz, segundo a qual a natureza do direito seria fundada em seu caráter de autoridade e na restrição de uma tese das fontes. Como vimos, Raz oferece ideias importantes para a teoria do direito. De fato, parece inegável que a tese da autoridade alegada está correta: ainda que o direito não se constitua necessariamente como autoridade legítima, ele pretende-se como tal e sua prática é em parte determinada por esta alegação. Isso é constatado pelo uso do ponto de vista interno: é diferente que as pessoas sigam diretivas apenas sob a ameaça da força e que elas o façam aceitando a alegação da existência de um direito de exigir o cumprimento de tal diretiva.

Por outro lado, apropriando as argumentações de Wilfrid Waluchow, neguei que do caráter de autoridade do direito, seguiria a tese das fontes e a afirmação de que o direito seria composto apenas por diretivas excludentes. Como foi demonstrado, não há nada que justifique considerar, como quer a tese das fontes, que princípios morais nunca podem ser incorporados a sistemas jurídicos como fontes de validade jurídica. Diversos sistemas jurídicos (como o estadunidense, o canadense e o brasileiro) incorporam em seu corpo legislativo exigências que, necessariamente, farão requerimentos de avaliação moral para a determinação exata de seu conteúdo. Se uma diretiva, nesses sistemas, não pode violar certos requisitos morais previstos pela legislação, então não podemos negar o papel relevante que a avaliação moral exerce no conteúdo do direito. Sendo verdade que tais sistemas existem e funcionam dessa

maneira, não faria sentido impor na regra de reconhecimento uma restrição à moralidade.

Por fim, ainda que incorporando princípios morais, negamos que o direito sempre possuiria uma resposta correta para qualquer caso. Ainda que princípios possam servir para guiar uma decisão e que pareça ser o caso que algumas decisões destacam-se como corretas a partir deste método, seria seguro assumir que diversos casos destacarão mais de uma resposta coerente com os fatos. O conteúdo do direito, nestes casos, encontra-se em território de disputa e a escolha por uma ou outra decisão não consistirá necessariamente – ainda que possa – numa resposta certa ou errada, mas na criação de novo direito. Com isso, a tese da discricionariedade sobrevive no positivismo jurídico inclusivo.

Com o apresentado, resta exposta a defesa de uma tese fraca da separação e de uma versão contemporânea do positivismo brando de H. L. A. Hart. Ainda, este trabalho buscou apresentar com clareza o eixo central dos pensamentos de Hart, Dworkin e Raz, ainda que sem se esquivar de oferecer críticas às teorias. Espero, ao longo do trabalho, não ter cometido injustiças com o pensamento de cada autor nos momentos expositivos. A má-compreensão entre pensadores de grande calibre na teoria do direito é um sintoma evidente ao longo de todo o “debate Dworkin-Hart”, de forma que a preocupação de um trabalho sobre esse tema deve sempre estar compromissada com a clareza da linguagem. Ainda assim, há sempre uma grande dificuldade em oferecer um trabalho que seja ao mesmo tempo honestamente descritivo e eficientemente avaliativo em filosofia. Espero, de todo modo, ter me aproximado deste objetivo.

Ainda, a dificuldade em torno da exposição do debate se deve à complexidade dos temas debatidos, que não se limitaram a aspectos particulares da teoria do direito, mas avançaram para questionamentos epistemológicos sobre a possibilidade de teorias do direito de cada tipo. Alguns enxergaram nesse caótico estado da filosofia contemporânea, sintomas de crise de identidade na teoria do direito e, principalmente no interior do positivismo. Pelo contrário, devemos ver o grande número de divergências com otimismo. As últimas décadas foram algumas das mais importantes para a filosofia jurídica e forneceram o fomento para o desenvolvimento das mais ricas e variadas teorias sobre a natureza do direito. A filosofia, afinal, encontra seu grande estímulo no desacordo.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. **The Province of jurisprudence determined**. Londres: Library of Ideas, 1954;

COLEMAN, Jules L. Beyond Inclusive Legal Positivism. **Ratio Juris**, v. 22, p. 359-394, 2009.

\_\_\_\_\_. Negative and Positive Positivism. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 11, p. 139-164, 1982.

\_\_\_\_\_. The Architecture of Jurisprudence. **Yale Law Journal**, Oct, Vol.121(1), p.2(79), 2011.

\_\_\_\_\_. Law. **Legal Theory**, Vol.9(1), p.1-41, 2003.

\_\_\_\_\_. The Conventionality Thesis. **Noûs**, vol. 35, p. 354-387, 2001.

\_\_\_\_\_. **The Practice of Principle**: in defense of a pragmatist approach to legal theory. New York: Oxford University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. O Modelo de Regras I. **Levando os Direitos a Sério**, p.23-73. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. O Modelo de Regras II. **Levando os Direitos a Sério**, p.73-127. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard Press University, 1885.

ENDICOTT, Timothy. Herbert Hart and the Semantic Sting. **Hart's Postscript**, pp. 39-58. New York: Oxford University Press, 2005.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>

HART, Herbert H. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JIMÉNEZ CANO, Roberto M. "Una Defensa del Positivism Jurídico (Excluyente)". In: **Isonomía**, n. 39, 2013. pp. 83-126

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que é Justiça?:** a Justiça, o Direito, e a Política no espelho da ciência. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRAMER, Matthew. **In Defense of Legal Positivism.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

LYONS, David. Principles, Positivism and Legal Theory. **Yale Law Journal**, vol. 87, p. 415-435, 1977.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart.** London: Edward Arnold, 1981.

\_\_\_\_\_. The Ideal and the Actual of Law and Society. In **Law, Values and Social Practices.** Ed. J. Tasioulas, p. 15–37. Aldershot: Dartmouth, 1987.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law.** New Jersey: Princeton University Press, 2011.

RAZ, Joseph. **Can There Be a Theory of Law?** Oxford and Columbia University. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1010287>.

\_\_\_\_\_. Legal Principles and the Limits of Law. In: **The Yale Law Journal**, v. 81, 1972. pp. 823-854

\_\_\_\_\_. **The Authority of Law:** Essays on Law and Morality. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. On Lawful Governments. **Ethics**, vol. 80, p. 296-305, 1970.

\_\_\_\_\_. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** 2ª ed. Oxford: Clarendon, 1996.

ROSS, Alf. **On Law and Justice.** Berkeley: University of California Press, 1959.

SHAPIRO, Scott J. Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake. **Ratio Juris**, Vol.22(3), pp.326-338, 2009.

\_\_\_\_\_. On Hart's way out. **Legal Theory**, vol. 4, p. 469-507, 1999.

\_\_\_\_\_. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. University of Michigan, Public Law Working Paper No. 77. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

\_\_\_\_\_. **Legality.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

STAVROPOULOS, Nicos. Hart's Semantics. **Hart's Postscripts**, pp. 59-98. New York: Oxford University Press, 2005.



VILLA, Vittorio. Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments. **Ratio Juris**, Vol.22(1), pp.110-127, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. Authority and the Practical Difference Thesis: A defense of Inclusive Legal Positivism. **Ratio Juris**, vol. 6, p. 45-81, 2000.

\_\_\_\_\_. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.